QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

19

(1990)

giuffrè editore milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAGINA INTRODUTTIVA

Nel tentativo di rispettare una certa alternanza tra volumi a contenuto eterogeneo e volumi a contenuto monografico, questo del 1990 avrebbe dovuto essere interamente dedicato a François Geny. In verità, avevamo deciso di ripensare Geny nel trentennale della morte, avvenuta nel 1959. Poi, la complessità di organizzazione, che è inevitabilmente connessa con un 'Quaderno' tematico, consigliò il rinvio di un anno; difficoltà insorte per alcuni Collaboratori imposero, infine, un ulteriore rinvio. Ed è per questo che si presenta al lettore un volume diciannovesimo, che certamente non lo deluderà ma che è assai vario e composito nei suoi contenuti.

Mi fa piacere di segnalare come continui senza forzature una eccellente collaborazione internazionale, nonché il dialogo con i cultori del diritto positivo (e lo dimostrano il saggio di un vecchio amico dei 'Quaderni', Sabino Cassese, e quello di un nuovo collaboratore, il processualista Franco Cipriani, che ha anche affidato alla nostra 'Biblioteca' un'ampia ricerca sulla storia della processual-civilistica italiana del Novecento).

Sotto quest'ultimo profilo indico volentieri al lettore anche le pregevoli pagine sulla riflessione di Emilio Betti in tema di negozio giuridico, che per la nostra Rivista scrive Natalino Irti, civilista, allievo romano del grande Maestro. A Betti la Redazione dei 'Quaderni' volle con fermissima convinzione dedicare tutto il volume dell'ormai lontano 1978, in un momento in cui la sua opera sembrava — ingenerosamente e ingiustamente — dimenticata. Oggi che, nella provvida decantazione attuata dal tempo, la riflessione bettiana ha ripreso le sue obbiettive e notevoli proporzioni, la Redazione ritiene doveroso ricordare nel centenario della nascita un non dimenticabile giurista italiano, uno dei pochi universalmente noto e discusso.

Come più sopra dicevo, il 'Quaderno' 1991 sarà invece rivolto a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ripensare Geny. Per una scelta siffatta, a mio avviso, non occorrono motivazioni: Geny rappresenta uno dei momenti capitali della storia del pensiero giuridico moderno, e sono profondamente convinto che la sua lezione sia meritevole oggi di una rimeditazione, oggi e domani. Come ben vide già nel 1899 l'aguzzo ingegno di Saleilles, la sua è per il giurista europeo una 'oeuvre de franchise', dove franchezza significa sì parlar chiaro ma anche liberarsi da equivoci e fraintendimenti tralatizii, significa affrancamento da plagianti mitologie divenute onerosi vincoli dommatici per la scienza giuridica nella sua vitale dimensione di *interpretatio iuris*.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SABINO CASSESE

ALBERT VENN DICEY E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO (*)

«For forms of government let fools contest/whate'er is best administered is best»
Alexander Pope, *Essay on Man*

1. «There exists in England no true "droit administratif"»: un tema con molte variazioni. — 2. "The Law of the Constitution»: il regno della legge e dei giudici. — 3. «The Law of the Constitution»: le idee di Dicey sui giuristi, sul diritto e sulle Costituzioni inglese e francese. — 4. Le altre opere di Albert Venn Dicey: il metodo e l'insegnamento del diritto e lo studio della storia inglese, antica e recente. — 5. I debiti e i crediti di Dicey. — 6. Ma Dicey aveva ragione? Le reazioni a Dicey. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana.

(*) Dal 1985 al 1989, ho lavorato intorno al «mito» dell'amministrazione senza diritto amministrativo, formatosi tra la Francia e l'Inghilterra nella seconda metà del XIX secolo e che ha avuto importanti sviluppi in Germania e in Italia nella prima metà del XX secolo. Il capitolo su Dicey di questa ricerca ha assunto uno sviluppo ed ha acquisito una autonomia tali che mi decido, ora, a pubblicarlo separatamente, anche se mi rendo conto della sua incompletezza e provvisorietà.

Debbo ringraziare molte persone. Innanzitutto, il «Warden» e il «Librarian» dell'All Souls College di Oxford, per avermi consentito di consultare i manoscritti non pubblicati di Dicey. Poi, Andrew Adonis, del Nuffield College, e Henry Parris, dell'Università di Londra, per avere attirato la mia attenzione su molti aspetti della storia costituzionale dell'Inghilterra vittoriana, e John Bell, allora «fellow» del Wadham College di Oxford (ora professore dell'Università di Leeds), per i consigli che mi ha dato sugli sviluppi storici del diritto amministrativo inglese. Poi Eric Barendt, allora «fellow» del St.Catherine College di Oxford (ora professore all'Università di Londra), John Bell, Marco D'Alberti, dell'Università di Ancona, Enrico Gustapane, della Corte dei conti, Geoffrey J. Hand, professore all'Università di Birmingham e Vincent Wright, «fellow» del Nuffield College di Oxford, per aver letto il manoscritto e per i commenti. Questa ricerca non sarebbe stata possibile senza l'ospitalità del Nuffield College, che mi ha consentito di trascorrere, in anni diversi, lunghi periodi ad Oxford. Per questo, desidero ringraziare il «Warden» e il professor Vincent Wright.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1. *«There exists in England no true "droit administratif"»: un tema con molte variazioni.*

Molti autori debbono la loro fama ad un'opera. Alcuni, al capitolo di un'opera: Montesquieu, ad esempio, al capitolo VI dell'undicesimo libro dell'«Esprit des lois» (1). Albert Venn Dicey, il maggiore giurista dell'Inghilterra vittoriana (1833 - 1922) (2) ad ambedue. Ad un'opera, intitolata «Introduction to the Study of the Law of the Constitution» (3), in cui sviluppa la notissima teoria della sovranità del Parlamento, e al capitolo XII di essa, intitolato «Rule of law compared with "droit administratif"». Prima d'inoltrarci nel capitolo indicato, fermiamoci per fare un'avvertenza. L'opera in

---

(1) R. SHACKLETON, *Montesquieu — A Critical Biography*, Oxford, Oxford Univ. Press, p. 284.

(2) Su di lui, dal punto di vista biografico, A.PILLET, *Le professeur Dicey*, in *Revue du droit public*, 1922, avril — juin, p. 5-7; T.E.HOLLAND, *The late professor Dicey*, in *The Law Quarterly*, 1922, vol. 38, p. 276-279 (ambedue questi scritti sono di scarso interesse); H. LASKI, *Obituary note*, in *The Nation and the Athenaeum*, 1922, vol. 31, 15 april, p. 77 (mette Dicey al livello di Blackstone, Pollock e Maitland; osserva che Dicey ha iniziato un nuovo e importante corso nella storiografia inglese; aggiunge che lo studioso fu di grande cultura e acume, e che l'insegnante fu ancor più grande dei suoi libri; sottolinea il suo pervicace individualismo; si noti che Laski fu uno degli ultimi allievi, ad Oxford, di Dicey e che ne ha sempre apprezzato l'opera, ritenendo «Law of the Constitution» e «Law and Opinion» scritti magistrali, capolavori, modelli degni di ammirazione, in cui anche le questioni più complesse sono colte e trattate in modo diretto, tralasciando gli aspetti non essenziali, in modo che il lettore si trova «in medias res» fin dalla prima pagina: *Holmes Laski Letters — The Correspondence of Mr Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916 — 1935*, a cura di M. De Wolfe Howe, 2 voll., Oxford, Oxford Univ. Press, 1953, lettere che vanno dal 1918 al 1925, I vol., pp. 307, 421, 422, 429, 553, 621, 674, 707, 771); R.S. RAIT, *Dicey, A.V.*, in *Dictionary of National Biography 1922-1930*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1937, p. 259; H.G. HANBURY, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, Blackwell, 1958, p. 98-163; G. MARSHALL, *Dicey A.V.*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, IV vol., London, Macmillan, 1968, p. 159; R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — A.V. Dicey, Victorian Jurist*, University of North Carolina Press, 1980, su cui l' importante recensione di D. SUGARMAN, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, in *Modern Law Review*, 1983, vol. 46, january, p. 102; TROWBRIDGE H. FORD, *A.V.Dicey — The Man and his Times*, Chichester, Barry Rose, 1985; J. F. Mc ELDOWNEY, *Dicey in Historical Perspective — A Review Essay*, in P.Mc AUSLAN and J.Mc ELDOWNEY (a cura di), *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985, p. 39 ss.

(3) London, Macmillan, tuttora rispampata; peraltro, ne esiste anche una edizione americana, Liberty Classics, s.l., 1982, con presentazione di Robert Michener.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

questione ha avuto otto edizioni nel corso della vita dell'autore, la prima essendo del 1885, l'ultima del 1915. In quasi trenta anni, l'autore è più volte tornato sulle sue idee, sia pur mantenendo alcune conclusioni di fondo.

Si può dire che il capitolo che ci interessa abbia avuto almeno quattro modificazioni, delle quali almeno tre importanti. Infatti, l'autore, nel licenziare la seconda edizione (1886), a distanza di sei mesi dalla prima, apportava numerose modificazioni all'analisi del diritto amministrativo francese.

Poi, nella sesta edizione (1902), aggiungeva due note, una su «English misconceptions as to "droit administratif"» e una su «Evolution of "droit administratif"» (ma si tratta della riproduzione, in due parti, di un articolo pubblicato nel 1901, su «Droit administratif in modern french law» (4)) per correggere errori precedenti, ma, principalmente, per richiamare l'attenzione sullo sviluppo notevole del diritto amministrativo in Francia: questo, secondo Dicey, nel corso del secolo XIX, si era trasformato «from a system of administrative arbitrariness into a body of law, though law of a peculiar character». Nel 1908, pubblicando la settima edizione, l'autore riscriveva il XII capitolo, per tener conto di critiche rivoltegli, per incorporare le due lunghe note poste in appendice all'edizione precedente e, infine, per mostrare più ampiamente l'evoluzione del diritto amministrativo, che si oppone nei suoi principi fondamentali alle idee che sono alla base della Costituzione inglese, anche se il cambiamento al quale è soggetto lo avvicina «to a regular though peculiar system of law» e, quindi, diminuisce la distanza col sistema inglese.

L'ultima edizione pubblicata da Dicey durante la sua vita è del 1915. L'autore preferì lasciare immutato il testo del volume, ma vi aggiunse una prefazione di quasi cento pagine, nella quale — come vedremo meglio avanti — concedeva che anche in Inghilterra si stesse sviluppando un corpo di norme paragonabile al diritto amministrativo.

Per cominciare, vediamo quali sono le conclusioni di Dicey

(4) *Law Quarterly Review*, 1901, july, vol. 17, p. 302-318.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'edizione che potremmo dire finita della sua opera, quella del 1908 (5).

Il «droit administratif» — afferma Dicey — è fondato su idee assolutamente estranee al diritto inglese. In primo luogo, sull'idea che i rapporti tra privati e Stato sono retti da principii sostanzialmente diversi da quelli che regolano i rapporti tra privati. In secondo luogo, sull'idea che l'applicazione di questi principii non rientra tra i compiti dei giudici ordinari.

Tutto ciò rende impossibile l'identificazione del «droit administratif» con un ramo del diritto inglese. Anche l'allargamento delle funzioni statali e l'attribuzione a funzionari pubblici di funzioni — come dice l'autore — quasi giudiziarie, non ha dato nessuna base al «droit administratif» in Inghilterra.

Anche se vi è una «slight approximation to "droit administratif", «there exists in England no true "droit administratif"». Infatti, in Inghilterra, i poteri dell'esecutivo e dei suoi dipendenti possono essere aumentati, ma debbono essere esercitati secondo «the ordinary common law principles which govern the relation of one Englishman to another». Se un dipendente eccede i suoi poteri, diventa personalmente responsabile dell'atto compiuto, anche se in esecuzione di ordini dei superiori, davanti ai giudici ordinari.

Esposte le tesi di fondo dell'autore, vediamo le differenze tra le diverse versioni. Quello che segue non è soltanto un esercizio di filologia giuridica, ma anche un tentativo di comprendere in quale stadio dell'evoluzione del suo pensiero Dicey ha esercitato tanta influenza sul pensiero giuridico italiano (e, come vedremo, francese e tedesco).

Nella prima edizione, come notato, Dicey tratta del «droit administratif» nello stesso capitolo dedicato alla «rule of law» e contrappone il primo al secondo (6). Il «droit administratif» è fondato — egli dice — su due idee. La prima è che l'amministrazione e i suoi funzionari hanno, come portatori dell'interesse generale, un corpo di diritti, privilegi e prerogative che i privati non hanno. Il «droit administratif» è, quindi, un corpo di norme diretto a preservare i privilegi della pubblica amministrazione.

---

(5) Dicey, *op. cit.*, p. 388-393.

(6) P. 182 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In secondo luogo, il «droit administratif» è fondato sull'idea che la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti debbono essere — quando agiscono nella loro veste ufficiale — indipendenti e liberi dal controllo dei giudici ordinari.

Dalla combinazione di queste idee Dicey fa discendere quattro caratteristiche del «droit administratif». In primo luogo, l'amministrazione e i suoi funzionari sono regolati da un complesso di norme speciali, che sono leggi, ma differiscono dalle leggi che regolano i rapporti tra privati.

In secondo luogo, i giudici ordinari non hanno, in generale, competenza in questioni che riguardano il diritto amministrativo.

In terzo luogo, il «droit administratif» è amministrato da corti amministrative, a capo delle quali è il Consiglio di Stato. Tali corti non sono indipendenti dall'esecutivo.

Infine, i conflitti di giurisdizione sono regolati da un «Tribunal des conflits» che è a metà corpo amministrativo, a metà giudice.

A questo è da aggiungere che — secondo l'autore — l'art.75 della Costituzione dell'anno VIII (1800), secondo il quale i funzionari pubblici non possono essere soggetti ai giudici se non previo decreto del Consiglio di Stato, per quanto formalmente abrogato nel 1870, era rimasto, in effetti, in vigore, consentendo ai funzionari pubblici, nell'esercizio di una funzione amministrativa, di essere irresponsabili civilmente per i danni commessi e di essere esentati dalla giurisdizione del giudice ordinario.

Tornando all'Inghilterra, Dicey concludeva che il «droit administratif» poteva trovare corrispondenze nella storia del sedicesimo e del diciassettesimo secolo, non nella Costituzione dell'800. Questa riposa su due principi opposti a quelli francesi: la supremazia della «Rule of the Law of the Land» e la «strict supervision over the proceedings of the Crown and its servants» da parte delle «common law courts» (7).

Questo, dunque, è il punto di partenza. Come osservato, la seconda edizione (1886) conterrà solo alcune correzioni, ma nessun cambiamento del punto di vista generale. Nella terza edizione (1889), la lezione sulla «Rule of Law» e il «droit administratif» verrà

(7) Sul principio della irresponsabilità della Corona ci soffermeremo più avanti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

divisa in due capitoli, dedicati ognuno ad un argomento. Le note dell'edizione del 1902 saranno fuse col testo per dare vita ad un più ampio capitolo della settima e definitiva edizione del testo, quella del 1908 (come notato, l'autore preferirà non modificare il testo per la ottava edizione, aggiungendo solo una lunghissima prefazione di aggiornamento, secondo un uso spesso seguito per i testi generali e i manuali giuridici in Inghilterra).

Ritorniamo, dunque, al punto dal quale siamo partiti, l'edizione del 1908, per esaminare in quali altre parti essa differisca da quella di 23 anni prima.

Le variazioni principali sono due. In primo luogo, il «droit administratif» è posto in una prospettiva storica. In secondo luogo, alla fine del capitolo, vengono soppesati pregi e difetti della «Rule of Law» e del «droit administratif». Nel lungo esame storico, che incorpora molta parte del materiale precedente, Dicey inizia il suo esame da Napoleone. Il «droit administratif» viene spiegato come un diritto posto a protezione dei funzionari e, quindi, in conflitto col principio di eguaglianza (anche se concede ai suoi critici che la disciplina che mira a proteggere i funzionari è solo una parte del «droit administratif»). Di qui le quattro conseguenze che conosciamo: leggi speciali regolano i rapporti dei privati con la pubblica amministrazione; speciali giudici amministrativi, non le corti ordinarie, giudicano l'amministrazione; le questioni di giurisdizione sono attribuite allo stesso giudice amministrativo; i funzionari sono protetti dall'art.75 della Costituzione.

Gli Orleans e il secondo Impero (1830-1870) non mutarono la situazione: rimane la protezione legale dei funzionari e il Consiglio di Stato resta corpo amministrativo.

Solo con la terza repubblica (1870) si registrano mutamenti: nel 1872 si passa dalla «justice retenue» alla «justice déléguée» e le questioni di giurisdizione sono attribuite al «Tribunal des conflits», composto a metà da consiglieri di Stato, a metà da giudici ordinari. Nel 1870, viene abrogato l'art.75: ma questa sarà più apparenza che realtà, perchè, abolita la norma espressa, la giurisprudenza riterrà vigente il principio della separazione dei poteri inteso nel senso francese, del divieto di interferenza del potere giudiziario in quello esecutivo, rimanendo arbitro il «Tribunal des conflits» di stabilire se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un particolare caso andava attribuito al giudice ordinario o a quello amministrativo.

Vediamo, ora, quali sono, secondo Dicey, i pregi e i difetti dei due sistemi (8). Quello inglese, secondo il nostro autore, ha il pregio di difendere meglio la libertà individuale, facendo rispettare il principio di eguaglianza e garantendo ai giudici ordinari non solo indipendenza, ma anche una giurisdizione piena, non limitata dal potere esecutivo.

Esso, però, presenta anche il difetto di un eccesso di legalismo, nonché altri due inconvenienti, che derivano dal principio della responsabilità personale dei funzionari. Il primo, che violazioni della legge da parte di pubblici funzionari possono avere molto maggiore importanza e meritare pene più elevate di quelle compiute da un dipendente di una organizzazione privata, mentre la sottoposizione di entrambi alle medesime norme e allo stesso giudice fa sì che questa diversità non venga riconosciuta.

Il secondo, che la responsabilità personale dei funzionari pubblici e la circostanza che è un giudice ordinario (e una giuria) che deve giudicarli può frustrare l'applicazione di una legge che conferisce all'amministrazione e ai suoi funzionari poteri di intervento rispetto a privati.

Quanto al sistema francese («droit administratif»), esso ha il merito di consentire a tutti i cittadini di proteggersi nei confronti di azioni illegittime della pubblica amministrazione (controllo dell'«excés de pouvoir»), anche quando non abbiano subito un danno.

Il «droit administratif», però, ha tre difetti. In primo luogo, i giudici amministrativi non sono completamente indipendenti dall'esecutivo, perché ad essi manca l'«absolute security of tenure», l'inamovibilità e l'indipendenza nella carriera (promozioni). In secondo luogo, il procedimento penale è antiquato e pesante, e il «trial by jury» sempre meno usato. In terzo luogo, il successo con il quale i giudici amministrativi hanno esteso il diritto dei danneggiati di ottenere un risarcimento dalla stessa pubblica amministrazione, ha costituito una nuova forma di protezione per i dipendenti pubblici e di immunità personale per essi.

---

(8) P. 394 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

S'è detto prima delle diverse versioni di questa tormentata analisi del «droit administratif» e si sono passate in rassegna le tappe della formazione e dei mutamenti del pensiero di Dicey. Fin qui appare chiaro che Dicey ha cambiato opinione circa la natura del «droit administratif», prima considerato come non diritto, mero arbitrio e discrezionalità, poi come un vero e proprio ramo del diritto. Ciononostante, Dicey ha sempre mantenuto ferma la sua critica del «droit administratif», per la non completa autonomia dei suoi giudici e per la diseguaglianza che esso produce nei rapporti tra cittadini e Stato, da un lato, e tra i cittadini, dall'altro.

La vicenda intellettuale di Dicey, a proposito del diritto amministrativo, non finisce qui. Egli, infatti, è tornato almeno altre quattro volte sul tema, sia nel lungo periodo nel quale preparava nuove edizioni dell'«Introduction to the Law of the Constitution», sia nel periodo successivo.

In primo luogo, vi è tornato in un'opera inedita, intitolata «Comparative Study of the Constitution», alla quale lavorò dal 1895 al 1900, e della quale si conservano, nell'archivio dell'«All Souls College», ad Oxford, le note in diverse versioni.

La più ampia relativa al «droit administratif» è del 1899 ed è intitolata «Conclusions as to French Droit Administratif». In secondo luogo, vi è tornato nelle «Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century», tenute prima alla «Harvard Law School» nel 1898, poi ripetute ad Oxford e, infine, pubblicate in volume nel 1905.

Nonché nella seconda edizione (1914) di questo volume, alla quale aggiunse una lunghissima introduzione contenente gli aggiornamenti sugli sviluppi fino a quella data.

In terzo luogo, come già osservato, Dicey scrisse, per la settima ed ultima edizione (lui vivente) di «Law of the Constitution» (1915), una lunghissima prefazione di aggiornamento, in cui ritornò sul «droit administratif». Infine, in un breve articolo del 1915, su «The Law Quarterly Review» (9) registrava «The development of administrative law in England». Di questi testi il più singolare è il primo. L'impianto e lo sviluppo della prima parte sono simili alle note di

(9) Vol. XXI, p. 148.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aggiornamento alla sesta edizione (1902), ma le conclusioni vanno ben oltre.

Già nella prima parte, in nota, osserva che nel suo volume «Law of the Constitution» non è adeguatamente riconosciuta la misura in cui il «droit administratif» si è sviluppato, divenendo un vero e proprio corpo di diritto, amministrato da giudici. Poi, dopo aver esaminato lo sviluppo storico del «droit administratif», passa a valutarne difetti e pregi e conclude con due pagine che meritano di essere riassunte.

Il «droit administratif» — osserva Dicey — ha diversi meriti. In primo luogo, dà ad una persona che abbia ricevuto un danno dalla pubblica amministrazione un'azione per ottenere il risarcimento dallo Stato. Un cittadino inglese non ha questa possibilità. Egli può solo tentare di ottenere un risarcimento dal dipendente pubblico che ha provocato il danno, non ha un'azione contro la Corona.

Altro aspetto apprezzabile del sistema francese è quello di dare una possibilità di ricorso contro atti «ultra vires», anche quando da essi non discende un danno pecuniario, per ottenerne l'annullamento. «As far as I can discover, no similar power exists under English law». Se, ad esempio, l'«Home Office» emana un ordine che è «ultra vires», perché va al di là dei poteri attribuiti dalle leggi o di quelli riconosciuti alla Corona come «prerogative», nessuno può ricorrere perchè l'atto venga annullato.

È un difetto del diritto inglese quello di dare pochissimi mezzi per accertare la legalità di un'atto, quando questo non causi danno.

Terzo aspetto positivo del «droit administratif» è che il carattere amministrativo del «Conseil d'Etat» rende più semplice l'esecuzione di leggi adottate nell'interesse dello Stato, che non sono guardate con molta simpatia dall'opinione pubblica.

E conclude: è giusta l'opinione prevalente in Francia che il «droit administratif» sia «a peculiar creation of french genius» e si sia sviluppato come branca del diritto meglio che in Belgio, Germania e Italia.

Anche nelle lezioni su «Law and Opinion» (1905), Dicey torna sul «droit administratif», in una appendice, affermando che esso si è gradualmente trasformato in una parte ordinaria del diritto fran-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cese ed è quasi interamente di formazione giudiziaria (10). Poi, nella introduzione alla seconda edizione (1914), riconosce i meriti del diritto amministrativo, consistenti nella specializzazione del giudice e nell'adozione di procedure rapide e poco costose. Ma sostiene che i motivi che ne hanno impedito l'ingresso in Inghilterra sono che i giudici amministrativi tendono sempre ad escludere la giurisdizione dei giudici ordinari e non sono mai completamente indipendenti, perchè legati all'esecutivo (11).

Veniamo alla introduzione premessa alla ottava edizione (1915) del libro su «The Law of the Constitution». Qui (12) egli riconosce che vi è un processo di convergenza dei due sistemi. Da un lato, il «Conseil d'Etat» è gradualmente divenuto un organo giudiziario. Dall'altro, in Inghilterra, specialmente con il «National Insurance Act» del 1911, l'esecutivo è stato dotato di poteri propri, di tipo quasi giudiziario, che escludono, comunque, l'intervento dei giudici ordinari. Ma — aggiunge Dicey — sarebbe un grave errore pensare che esistano in Inghilterra per ora un vero diritto amministrativo e veri giudici amministrativi.

Quanto alla Francia, ripeteva il solito elenco di difetti, ma con alcune significative addizioni: insicurezza del rapporto d'impiego dei giudici amministrativi, loro dismissibilità, presidenza (sia pure formale) del Consiglio di Stato affidata al Ministro della giustizia, autoritatività delle decisioni amministrative, controllo dell'esecutivo sui procedimenti per l'attuazione del diritto penale.

Quanto agli sviluppi del sistema francese, anche qui Dicey ripeteva il suo apprezzamento per l'ampliamento della tutela in caso di responsabilità dell'amministrazione (sia pur dicendo che l'ammissione della responsabilità dello Stato poteva costituire una nuova protezione per i dipendenti pubblici) e per l'esistenza di un potere di annullamento degli atti illegittimi.

Il capitolo sul diritto amministrativo terminava con una frase che considerava con molti dubbi l'estensione del diritto amministrativo e di giudici amministrativi, con «official experience» e «legal knowledge», ma indipendenti dal governo, in Inghilterra.

---

(10) *Law and Opinion*, London, Macmillan, p. 487-488.
(11) P. XLIII-XLIV.
(12) P. XLIII-XLVIII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Veniamo all'ultimo scritto, del 1915. Si tratta di una nota molto breve, a commento di due decisioni della «House of Lords». Egli riconosce che, a partire dal «Reform Act» del 1832, l'Inghilterra ha visto aumentare i poteri dell'esecutivo al quale — egli dice — sono state trasferite molte funzioni giudiziarie o quasi giudiziarie. Questo «trasferimento» colpirebbe alle fondamenta stesse la «rule of law» se non rimanessero tre limiti: quello disposto dalla legge stessa che attribuisce i poteri all'amministrazione, quello del rispetto della «judicial fairness and equity» e quello della sottoposizione di ogni violazione di legge al controllo dei giudici ordinari (13).

La lunga, trentennale, peregrinazione diceyiana si concludeva, così, con due riconoscimenti. Che l'Inghilterra aveva visto svilupparsi un diritto amministrativo dall'inizio dell'allargamento del suffragio (1832) e che la distinzione principale tra sistema francese e sistema inglese stava nell'esistenza di un giudice speciale nel primo.

Importanti, però, nell'analisi di Dicey, altri due punti: che le funzioni attribuite all'amministrazione fossero, in principio, «judicial functions» e che l'attività amministrativa, di conseguenza, fosse qualificabile come «quasi judicial» ed assoggettabile a principii di giustizia.

Che, lungo la linea che parte dal 1832 e passa attraverso l'«Elementary education Act» (1870) e gli «Old age pension Acts» (1908 e 1911) e arriva ai «National insurance Acts» (1911 e 1913), si sia sviluppato un complesso di funzioni pubbliche di diritto derogatorio era stato precedentemente negato da Dicey, il quale era giunto ad ammettere che le funzioni pubbliche erano aumentate, ma aveva precisato, come abbiamo visto, che ciò non aveva avuto come conseguenza l'affermarsi di un diritto amministrativo, in quanto l'amministrazione era pur sempre sottoposta al diritto comune.

L'affermazione, poi, che l'amministrazione fosse dotata di funzioni «quasi judicial» era, da un lato, il riconoscimento che si trattava

---

(13) Si noti che Dicey, in una lettera a Lowell, del 15 gennaio 1915, citata da R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — A.V.Dicey, victorian jurist*, Univ. of North Carolina Press, 1980, p. 101, ammette che «Local Government Board vs.Arlidge», uno dei due casi commentati, riconosce chiaramente il principio fondamentale del diritto amministrativo, e precisamente che un «tribunal» amministrativo non è vincolato ad agire come se fosse un giudice.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di poteri derogatori al diritto comune; dall'altro, il frutto di una concezione secondo la quale, in sostanza, i poteri giuridici sono soltanto due, quello normativo del Parlamento e quello esecutivo dei giudici ordinari, rimanendo sullo sfondo, come un potere meramente di fatto, l'esecutivo (14).

---

(14) A questa disconoscimento del potere esecutivo si collega quella che può definirsi l'interpretazione politica di Dicey. I. JENNINGS, nello scritto *In Praise of Dicey 1885-1935*, in *Public Administration*, 1935, vol.XIII, p. 123, per primo ha affacciato una interpretazione politica di Dicey. Egli ha sottolineato che Dicey era un «Whig», appartenente all'ala destra del partito liberale e che fu conservatore mentre il Paese diventava democratico, liberista mentre il Paese diventava collettivista.

Secondo Jennings, Dicey vide la Costituzione con occhiali «Whig». Ma Jennings aggiunge che questo è lo sfondo sul quale si iscrive il libro, non la causa per la quale il libro è stato scritto. Dicey scrive sì di diritto secondo orientamenti politici, ma è superbo tecnico. Si veda anche il giudizio di F. Pollock in *The Pollock — Holmes Letter — Correspondence of Sir Frederik Pollock and Mr Justice Holmes, 1874-1932*, a cura di M.De Wolfe Howe, 2 voll., Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1942, lettera del 10 aprile 1922, in cui paragona Dicey a Bryce, affermando che erano ambedue liberali, ma che il secondo fu intellettualmente aperto fino alla fine, mentre Dicey rimase chiuso agli sviluppi della sua epoca. Un diverso orientamento ha preso TROWBRIDGE H.FORD, nella sua biografia di Dicey, *A.V.Dicey — The Man and his Times*, Chichester, Barry Rose, 1985, e nel precedente saggio *Dicey as a political journalist*, in *Political Studies*, 1970, vol. XVIII, n.2, p. 220 ss. Qui Ford sostiene che Dicey sviluppò la sua polemica con il «droit administratif» per contrastare le tesi degli inglesi che avrebbero potuto essere tentati di dare il «Self government» all'Irlanda. Dicey cercava di spaventare i politici, per evitare che cercassero di ottenere l'autogoverno dell'Irlanda attraverso una decisione dell'esecutivo, visto che non riuscivano ad ottenerlo attraverso il Parlamento. Per evitare, poi, che si potesse tentare di arrivare al «Self government» dell'Irlanda per via parlamentare, egli sottoponeva il Parlamento ai giudici e alla «Rule of Law». «Law of the Constitution» — egli sostiene — è il testamento di un profeta che non ha speranza nel futuro. Un libro mitologico, scritto a fini prescrittivi, non un lavoro scientifico.

Questa tesi estrema è stata criticata, in modi diversi, da H. TULLOCH, *A.V.Dicey and the Irish Question: 1870-1922*, in *The Irish Jurist*, 1980, vol. XV, new series, p. 137 ss.; D. SUGARMAN, *The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science*, in *Modern Law Review*, 1983, vol. 46, january, p. 102 ss.; J.F. MC ELDOWNEY, *Dicey in Historical Perspective — a Review Essay*, in P. MC AUSLAN and J.F.MC ELDOWNEY, a cura di, *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985, p. 39 ss. Diversa l'interpretazione di R.A. COSGROVE, *The Rule of Law — A.V.Dicey, Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980, secondo il quale Dicey fu un politico mancato e, come studioso, fu rigido, superficiale e relativamente non originale.

Ora, non c'è dubbio che Dicey aspirò, per una parte della sua vita, ad entrare in politica. Che fu attivissimo, fino agli ultimi giorni della sua vita, sulla questione irlandese, perché vedeva nella perdita dell'Irlanda la disintegrazione del Regno Unito e l'inizio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa concezione sarà destinata ad essere smentita dagli sviluppi del diritto positivo, che vedrà l'attribuzione di poteri normativi, oltre che di crescenti poteri aggiudicativi all'amministrazione. Ma resterà, anche nella terminologia, il vecchio pregiudizio, quello di una funzione quasi giudiziaria dell'esecutivo.

2. *«The Law of the Constitution»: il regno della legge e dei giudici.*

Una valutazione del peregrinare di Dicey intorno al diritto amministrativo non è possibile senza collocare la sua tesi, secondo la quale in Inghilterra esisteva un'amministrazione senza diritto amministrativo, nel contesto più generale dell'opera in cui tale tesi trovò la sua prima formulazione e il suo sviluppo, il libro, del 1885, su «the Law of the Constitution» ([15]).

Si tratta di un'opera scritta in un periodo nel quale era diffusa l'idea che la Costituzione inglese fosse la migliore del mondo ([16]) e nel momento di maggiore splendore del Parlamento inglese. Dopo gli allargamenti del suffragio del 1832 e del 1867, infatti, l'ulteriore allargamento del 1884 aveva portato al suffragio universale maschi-

---

della perdita dell'impero (sulla questione irlandese, oltre agli scritti già citati, C.HARVIE, *Ideology and Home Rule: James Bryce, A.V. Dicey and Ireland, 1880-1887*, in *English Historical Review*, 1976, april, n. 91, p. 298-314). Che scrisse moltissimi articoli e ben sei libri sulla questione irlandese, e che invase le case degli amici e dei conoscenti con un torrente di lettere relative all'Irlanda. Che la sua riflessione di studioso non può essere interamente separata da quella di politico (o, meglio, di uomo al di fuori della politica, ma fervente sostenitore delle tesi unioniste). Ma da questo non si può inferire che le tesi scientifiche propugnate nel suo volume fossero strumentali alle sue passioni politiche.

([15]) Nel centenario del libro, sono apparsi i seguenti scritti, che mirano a fare un bilancio del contributo di Dicey: J. JOWELL and D.OLIVER, a cura di, *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon, 1985 (II ediz. 1989); P. MCAUSLAN and J.F. MCELDOWNEY, *Law, Legitimacy and the Constitution*, London, Sweet and Maxwell, 1985; H.W. ARTHURS, *Without the Law — Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth — Century England*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1985; *All Souls Public Law Seminar: Dicey and the Constitution*, in *Public Law*, 1985, winter, p.583; I. HARDEN and N.LEWIS, *The Noble Lie - The British constitution and the rule of law*, London, Hutchinson 1986. Nel corso di cento anni, il libro di Dicey ha dato luogo a molte analisi e discussioni, che saranno segnalate avanti.

([16]) I. JENNINGS, *In Praise of Dicey, 1885-1935*, in *Public Administration*, 1935, vol. XIII, p. 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

le (17). Il Parlamento non era soltanto più rappresentativo: estendeva anche la sua competenza ad un vasto impero. Si tratta di due circostanze che Dicey non manca di valutare. Da un lato, infatti, insiste più volte sulla circostanza che, se sovrano legale è il Parlamento, poi, sovrano di fatto è l'elettorato (18). Dall'altro lato, osserva che è superato il tempo dei piccoli Stati e che l'impero è importante perché consente a nazioni più «illuminate» di assicurare pace, ordine e libertà ad altre nazioni (19).

Ma passiamo all'opera stessa. Tre sono, per Dicey, i «guiding principles» della Costituzione inglese: «the legislative sovereignty of Parliament», «the universal rule or supremacy throughout the constitution of ordinary law» e «the dependence in the last resort of the conventions upon the law of the constitution» (20).

Tutti e tre questi principi hanno una importanza fondamentale per il ragionamento di Dicey relativo al diritto amministrativo. Per cui occorre esaminarli da vicino.

Dicey, in primo luogo, sostiene che il Parlamento (e cioè la Corona, l'«House of Lords» e l'«House of Commons») è onnipotente, perché ha il potere di adottare o di abrogare ogni legge (senza, però, che vi sia una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie); nessuna altra autorità può annullare una legge del Parlamento, né può non tenerne conto, mentre, al contrario, i giudici sono tenuti a rispettarle. Per Dicey, né la Corona, né un singolo ramo del Parlamento, né i giudici, hanno un potere legislativo concorrente con quello del Parlamento. Questi sono, in altre parole, subordinati al Parlamento.

Seconda caratteristica della Costituzione inglese è — per Dicey — la «Rule of Law». In questa espressione — egli dice — sono sintetizzati tre principii. Il primo è quello del predominio del diritto rispetto al potere discrezionale dell'esecutivo e all'arbitrio. Il secondo è quello dell'eguale sottoposizione di ogni persona, indipen-

---

(17) Pur se con alcune limitazioni, derivanti dalle restrizioni poste alla registrazione nelle liste elettorali.

(18) A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, cit., p. 48, 73, 83, 429 e seguenti, 453; si veda anche *Law and Opinion*, cit., p. 248-258.

(19) A.V. Dicey, *Law and Opinion*, p. 450, 455-456, 462.

(20) P. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dentemente dal suo rango e dalle sue condizioni, al diritto comune e ai giudici ordinari. Il terzo è quello della formazione giudiziaria delle norme dirette a proteggere gli individui. Esse, quindi, non discendono da principii generali della Costituzione, ma sono il frutto dell'azione dei giudici (e del Parlamento), che è giunta fino a determinare la posizione della Corona e dei suoi dipendenti.

Infine, Dicey sostiene che la Costituzione è fatta anche di convenzioni, o costumi, pratiche, precetti non strettamente giuridici. Queste convenzioni sono per lo più dirette a limitare le prerogative dell'esecutivo, e cioè i residui poteri discrezionali e arbitrari rimasti alla Corona; alcune, tuttavia, sono dirette a stabilire i modi in cui devono esercitarsi i privilegi dell'esecutivo. Il loro scopo è di assicurare che, nel lungo periodo, venga rispettata la volontà degli elettori: ad esempio, lo scioglimento del Parlamento, quando vi sono fondati motivi per ritenere che l'opinione dell'«House of Commons» non corrisponda a quella dell'elettorato, è, in sostanza, un appello al sovrano politico da parte del sovrano legale.

Il rispetto delle convenzioni dipende, per Dicey, dalla circostanza che, in ultima istanza, una loro violazione ridonda in violazione della legge: così, ad esempio, se non venisse rispettata la convenzione per cui il Parlamento deve essere convocato almeno una volta all'anno, non potrebbe essere approvato il bilancio e, quindi, il governo non potrebbe legalmente percepire alcune entrate e compiere spese.

Ognuno di questi principii sta in opposizione, per Dicey, con il «droit administratif». Così, il primo dogma, quello della sovranità parlamentare, non consente l'esistenza di un esecutivo forte, dotato del potere di adottare norme, siano esse decreti-legge, siano esse ordinanze. La sovranità parlamentare è, innanzitutto, negazione del potere definito «prerogative», cioè di quel vasto e indefinito complesso di poteri che erano residuati all'esecutivo dal tempo in cui era sovrano.

Inoltre, la sovranità parlamentare, essendo sovranità legislativa, e non di tipo esecutivo, non interferisce con l'attività giudiziaria, stabilendo, ad esempio, esenzioni per la responsabilità dei funzionari.

A sua volta, il principio della «Rule of Law» è in opposizione sia con l'attribuzione di potere discrezionale all'esecutivo (ad esempio,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il potere di arresto, quello di imprigionamento temporaneo, quello di espulsione, che consentono arbitrii), sia con l'attribuzione ai funzionari pubblici di una posizione speciale, sia, infine, con l'esistenza di corti speciali, riservate a particolari tipi di rapporti.

Infine, le convenzioni costituzionali si contrappongono al potere discrezionale dell'esecutivo («prerogative»), che mirano, appunto, a limitare. E se un funzionario pubblico volesse, ad esempio, assicurare entrate all'esecutivo senza autorizzazione parlamentare (perché il Parlamento, non rispettando una convenzione costituzionale, non è stato convocato), egli non sarebbe protetto da alcuna norma speciale e sarebbe personalmente responsabile dinanzi ai giudici ordinari.

Anche nelle parti che diremmo applicative del libro, Dicey torna ancora sull'opposizione che gli è cara. Così, dove tratta della libertà personale, spiega che l'«habeas corpus» richiede che i giudici interferiscano nelle procedure amministrative e controllino la condotta amministrativa dell'esecutivo. Dunque, la libertà personale è (21) garantita là dove l'esecutivo non è sottratto al controllo del potere giudiziario.

Oppure dove esamina la libertà di stampa, che può essere garantita — egli dice — solo dove non viene accettato il principio che il governo possiede, in quanto rappresentante dello Stato, diritti e poteri nei confronti dei privati, superiori a quelli di diritto comune e indipendenti da questi. Oppure dove afferma che la legge marziale e il diritto dello stato di assedio sono contrari al principio che i cittadini hanno gli stessi poteri dei funzionari, per cui la posizione di un militare è eguale a quella di un ordinario cittadino.

Dunque, se un apposito capitolo è destinato, in particolare, al «droit administratif», tutto l'esame della Costituzione inglese è costruito sul contrappunto tra «droit administratif» e diritto ordinario o comune.

«Law of the Constitution», opera diffusissima (22) e molto letta, ancora presente tra le letture d'obbligo nei corsi di diritto costitu-

---

(21) Intesa in senso benthamiano, come libertà di fare tutto ciò che non è proibito, senza relazione con garanzie costituzionali, che rappresentano per Dicey pie intenzioni.

(22) Nel solo periodo 1959-1985 ne sono state vendute 35 mila copie: R.W. Blackburn, *Dicey and the Teaching of Public Law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 681.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale in Inghilterra, è stato un pò l'osso di seppia su cui tutti i giuristi hanno affilato il becco.

Ma, ancor più della fortuna scientifica di Dicey, è importante la circostanza che il libro su «Law of the Constitution» sia stato inteso come la viva voce della Costituzione inglese. Per esso può ripetersi quanto ha scritto Grant Gilmore ([23]) a proposito dei «Commentaries» di Blackstone: «l'aspetto più importante.... non è il fatto che a scriverli fosse stato un oscuro professore di Oxford, quanto piuttosto che, per più di un secolo, migliaia e migliaia di giuristi e di professori influenti dell'una e dell'altra sponda dell'Atlantico li lessero e credettero alle idee in essi esposte». Ci si riferisce, quindi, alla diffusione del libro e alla sua accettazione. Se a «Law of the Constitution» si applicassero le tecniche usate da Dicey in «Law and Opinion», si potrebbe dire che, almeno all'interno di una professione, quella dei giuristi, Dicey rappresentò una controcorrente di grande importanza. Se ogni società si costruisce di sè stessa una visione specifica, Dicey è stato certamente l'autore di questa per il mondo giuridico inglese.

A che cosa si deve questa eccezionale fortuna di Dicey? Oltre che ai molti meriti intrinseci dell'opera, già notati, a tre motivi ulteriori. In primo luogo, non vi è dubbio che la grandezza dell'oggetto — la Costituzione inglese, quale essa era nel momento di maggiore potenza della nazione inglese — abbia fatto grande chi l'ha studiato. Ciò anche per un motivo specifico: la Costituzione inglese non era scritta e il lettore, inglese o non inglese, aveva a disposizione solo opere troppo analitiche e piene di particolari, oppure troppo brevi e non giuridiche. Il lavoro di selezione e di sistemazione di Dicey lo fece considerare un pò come la tradizione profetica rispetto al Corano: pur non essendo parola di Dio, essa riveste un'importanza legale di primo piano.

Secondo merito di Dicey è l'insistenza sull'unità dell'ordinamento giuridico e, innanzitutto, della giurisdizione.

Quest'orientamento corrispondeva ad un'opinione pubblica contraria ai particolarismi (diritti speciali, diritti eccezionali, come

---

([23]) *Le grandi epoche del diritto americano*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1988, p. 10-11.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversi da quello ordinario o generale) e preoccupata dell'eguaglianza.

In terzo luogo, Dicey partecipava — come abbiamo visto — a un grande dialogo con la storia inglese, che andava indietro fino alla «glorious revolution» e con la storia francese, che andava indietro fino all' Antico Regime, e, al fondo, esponeva il punto di vista del liberalismo autentico, e cioè non autoritario (24).

3. *«The Law of the Constitution»: le idee di Dicey sui giuristi, sul diritto e sulle Costituzioni inglese e francese.*

Comprendere Dicey vuol dire, innanzitutto, interrogare lui stesso. Lo faremo prima, in questo paragrafo, esaminando alcuni passaggi di «Law of the Constitution»; poi, nel paragrafo successivo, altri suoi scritti che aiutano a cercare la chiave per spiegare le sue idee.

Innanzitutto, quale ritiene Dicey essere il suo compito di giurista? Dicey risponde a questa domanda due volte, una direttamente e una indirettamente. All'inizio del libro egli afferma solennemente che «the duty...of an english professor of law is to state what are the laws which form part of the constitution, to arrange them in their order, to explain their meaning, and to exhibit where possible their logical connection» (25). Più avanti segnala che vi sono branche del diritto ridotte a pochi principii logici: l'opera della dottrina è consistita nel trasformare un insieme di regole in un sistema logicamente coerente (26).

Questo compito è particolarmente gravoso per il diritto costituzionale, dove lo stesso termine «constitutional law» è di origine relativamente moderna e l'intera provincia del diritto «is a sort of

---

(24) Come vedremo meglio, questo interesse verso la Francia si iscriveva anche in un'attenzione continua per la comparazione che era, in certo modo, di casa presso i Dicey (il fratello maggiore di Albert Venn, Edward James, giornalista, si specializzò in politica estera e scrisse ben due libri su argomenti italiani, uno su Roma nel 1860 e uno su Cavour). Dicey viene ricordato negli studi sulla comparazione come uno dei fondatori, sia pur col limite di un approccio essenzialmente statico: R.C. MACRIDIS, *The Study of Comparative Government*, New York, Random House, 1955, p. 11 e 12.

(25) *Law of the Constitution*, cit., p. 32.

(26) P. 375.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

maze in which the wanderer is perplexed by unreality, by antiquarianism, and by conventionalism» (27), perchè — come Dicey ripete spesso, nei termini di un antico adagio — la costituzione «had not been made, but had grown» (28). Né è soddisfacente, per Dicey, lo stato degli studi della costituzione, dove il formalismo dei giuristi non consente loro di vedere la realtà della Costituzione. D'altra parte, l'antiquarianismo — come egli lo chiama — degli storici li fa perdere appresso a fatti interessanti ed eruditi, ma senza rilevanza attuale. E i teorici della politica non prestano attenzione al diritto (29).

Di qui l'importanza della comparazione: «one reason why the law of the constitution is imperfectly understood is that we too rarely put it side by side with the constitutional provisions of other countries. Here, as elsewhere, comparison is essential to recognition» (30).

Dopo la sua concezione del ruolo del giurista, è importante segnalare la concezione del diritto di Dicey. Questa è espressa in modo meno chiaro, ma si evince da due contrapposizioni importanti, quella tra «Rule of Law» e «droit administratif», e quella tra «Law» e «conventions of the constitution». Nel riscontrare alcune somiglianze tra il regno del diritto inglese (traduciamo l'espressione inglese nel modo in cui venne tradotta dai francesi nella prima metà del nostro secolo) e il diritto amministrativo francese, accanto a quelle storiche, Dicey ne annovera una relativa alla natura più giuridica. Egli osserva che il diritto amministrativo francese si è sviluppato come il diritto inglese, nella forma di «case law» o di «judge-made law». Questo tipo di diritto è chiamato da Dicey «judicial legislation» (perché espressione di un'autorità essenzialmente legislativa), fondato sul principio del precedente ed a carattere fondamentalmente procedurale (31).

Più avanti nel libro, Dicey dovrà spiegare perché le convenzioni costituzionali, che sono solo costumi, pratiche, massime e precetti,

---

(27) P. 6 e 7; anche p. 127 e 469.
(28) Ad esempio, p. 2, 18-19, 196-197.
(29) P. 7 ss.
(30) P. 205; ma anche p. 87 ss.
(31) P. 374-375.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siano diritto (sia pure in un modo particolare). E spiega che la loro natura giuridica va cercata nel fatto che «the breach of these principles and of these conventions will almost immediately bring the offender into conflict with the courts and the law of the land» (32).

In sostanza, per Dicey diritto è ogni norma che possa essere, al fondo, in qualche modo, applicata o eseguita o sanzionata da un giudice. La forza della «judicial legislation» sta proprio nella connessione inseparabile tra i mezzi per attuare un diritto e il diritto al quale dare attuazione (33). Solo il giudice rispetta le procedure e i precedenti e, quindi, solo lui è in grado di contrapporsi all'arbitrio.

Più ancora delle sue idee sul compito del giurista e sul diritto, sono, però, rivelatrici le opinioni di Dicey sulla formazione del sistema costituzionale inglese. Dicey ne presenta lo sviluppo come il risultato di un conflitto tra Parlamento ed esecutivo. I punti importanti di questo conflitto riguardano la «Crown prerogative» e il tentativo di costituire una forte amministrazione centrale, con il «Privy Council» e con la «Star Chamber» (sui rapporti tra i due organi vedremo quanto Dicey scriveva nel suo libro sul «Privy Council»).

La prerogativa della Corona — dice Dicey — è costituita da una riserva ampia e indefinita di diritti e poteri discrezionali e arbitrari, parte residua del potere sovrano, superiore all'«ordinary law of the land», esercitati dal re stesso o dai suoi ministri. Le prerogative della Corona raggiunsero il punto più alto nel 1539, quando Enrico VIII dispose che la Corona potesse legiferare direttamente. Successivamente, il potere normativo è passato dalla Corona al Parlamento sovrano, per cui la «supremacy of the law» si contrappone alla prerogativa. E l'esercizio di quanto di essa rimane è regolato dalle convenzioni costituzionali (34).

I Tudors prima e gli Stuarts poi tentarono di costituire una forte amministrazione centrale, grazie alla quale avrebbe potuto penetrare in Inghilterra qualcosa di simile al diritto amministrativo francese. Ma un'amministrazione forte comportava il pericolo del dispotismo.

---

(32) P. 446.

(33) P. 135 e p. 199.

(34) P. 8, 51-53, 63, 228, 424-426.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il tentativo dei Tudors e degli Stuarts urtò, alla fine, contro l'abitudine all'eguaglianza degli inglesi.

Le due istituzioni chiave per i Tudors e gli Stuarts furono il «Privy Council» e la «Star Chamber». Nel primo organo le funzioni giurisdizionali vennero enucleate e separate, con la costituzione della «Judicial Committee of the Privy Council». La seconda, invece, divenne un organo impopolare ed odiato, strumento di esercizio di potere arbitrario, specialmente nei confronti della libertà di stampa, per cui venne soppressa nel 1641 (35).

Ma la chiave vera per comprendere le idee di Dicey è un'altra: il suo giudizio sulla formazione della Francia e sullo stato presente di essa. Quasi ogni pagina del «Law of the Constitution» contiene un paragone con la Francia, talora ironico, per lo più sprezzante e orgoglioso (36). L'idea di fondo sulla quale è costruita questa contrapposizione è che la Francia fosse, sul finire del secolo scorso, in uno stadio primitivo di sviluppo, corrispondente a quello inglese del XVI e XVII secolo.

La critica alla Francia parte dal dispotismo e dalla «lawlessness» dei sovrani dell'Antico Regime (37) e spazia dalla diseguaglianza alla nozione di Costituzione, al Parlamento, all'esecutivo, al sistema giudiziario.

La posizione speciale e privilegiata dei funzionari pubblici francesi è contrapposta all'idea inglese di eguaglianza formale, ovvero di soggezione di tutti i cittadini, senza esclusione, al diritto comune, amministrato dai giudici ordinari.

Tale eguaglianza di tutti, ministri, nobili, preti, cittadini, esclude ogni idea di esenzione dalla sottoposizione al diritto comune e produce l'istituto della responsabilità personale di chi reca un danno (38).

Mentre in Inghilterra il diritto costituzionale è il risultato, non la fonte dei diritti dei cittadini, in Francia i diritti individuali derivano o sembrano derivare dagli articoli delle Costituzioni scritte. Ma

---

(35) P. 260 ss. e p. 369 ss.

(36) Solo F.H. LAWSON, *Dicey rivisited*, in *Political Studies*, 1959, vol. VII, n. 2, p. 414-416, ha notato questo aspetto del pensiero di Dicey.

(37) P. 51, 191, 412.

(38) P. 193-194, 202, 287.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

queste sono lontane dall'offrire maggiori garanzie. Anzi, la Francia, in 130 anni ha avuto 20 Costituzioni, tutte immodificabili, ma tutte finite sotto l'assalto della violenza. Insomma, queste Costituzioni proclamano tanti diritti, che sono, però, insicuri (39).

Quanto al Parlamento francese, esso presenta una somiglianza esterna con quello inglese, ma ha caratteristiche diverse. Esso non ha favorito l'indipendenza della magistratura ed ha dato all'esecutivo un potere sia esecutivo, sia normativo che il Parlamento inglese non ha concesso (in questo senso la sovranità parlamentare inglese è stata fatale alla crescita di un «diritto amministrativo») (40).

L'esecutivo, poi, presenta, in Francia, una forte analogia con quello inglese del XVI e XVII secolo: v'è una coincidenza tra gli sviluppi francesi della seconda metà dell'800 e un periodo precedente della storia inglese. Meglio, Dicey parla di una originaria somiglianza e di una diversità finale, perchè in Inghilterra l'autorità personale del re è stata sostituita dalla sovranità del Parlamento, mentre questo non è accaduto in Francia.

Per cui la vera natura del regno della legge inglese può essere illustrata in contrasto con gli istituti francesi del «droit administratif» (41).

Il diverso sviluppo spiega la nascita del «droit administratif», che riposa sul concetto che il governo, in quanto rappresenta lo Stato, dispone di diritti e poteri separati, anzi superiori a quelli dell'«ordinary law of the land», nei confronti dei privati (42).

Altra diversità è quella relativa ai giudici. Mentre in Inghilterra il potere dei giudici di controllare l'amministrazione è stato tale da impedire lo sviluppo di un «diritto amministrativo», in Francia, al contrario, si è avuto paura della interferenza dei giudici nell'amministrazione, e si è posta questa al riparo di loro possibili interventi (43). Le conseguenze di questo stato di cose — osserva Dicey — sono note. Voltaire condotto due volte alla Bastiglia senza aver subito un processo, Montesquieu costretto a pubblicare l'«Esprit des lois»

(39) P. 286 e 122-131.
(40) P. 409-410.
(41) P. 369, 471 e 204.
(42) P. 265; anche p. 448, 472.
(43) P. 136, 224, 227.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a Ginevra, Voltaire a pubblicare l'«Henriade» in Inghilterra e Rousseau a pubblicare le sue opere a Londra, a Ginevra e ad Amsterdam (44).

Dicey se la prende anche contro i liberali francesi, che furono liberali a metà e salva solo il potere regolamentare dell'esecutivo, che ritiene che debba essere esteso anche in Inghilterra, dove le leggi, per disciplinare troppo, scendono in troppi particolari (45).

Il libro si apre e si chiude ribadendo l'opposizione dell'Inghilterra alla Francia: il «droit administratif» di oggi — scrive nell'introduzione — ha una notevole somiglianza con le istituzioni dei Tudors e degli Stuarts, che riconoscevano un potere autonomo — la prerogativa — alla Corona; l'autorità dei giudici, come intesa in Inghilterra, — aggiunge nell'ultima pagina del libro — non può coesistere con un sistema di «droit administratif» come quello francese, né la concezione inglese del diritto può coesistere con un corpo di leggi speciali (46).

4. *Le altre opere di Albert Venn Dicey: il metodo e l'insegnamento del diritto e lo studio della storia inglese, antica e recente.*

Ci siamo soffermati, finora, su un'opera di Dicey. Allarghiamo, ora, lo sguardo agli altri suoi scritti, per esaminare quelli che buttano luce sulla formazione e sugli sviluppi del rifiuto diceyano del «droit administratif». Ma, prima ancora che il merito della tesi, va esaminato il metodo di Dicey. Infatti, è proprio grazie al suo metodo che Dicey riesce a formulare con tanto nitore le sue tesi ed è innanzitutto al metodo che si deve l'enorme fortuna dell'opera.

Quando si parla del metodo ci si riferisce al modo sicuro in cui l'autore sceglie tre punti capitali, la sovranità del Parlamento, il regno della legge e le convenzioni costituzionali, e ne fa oggetto esclusivo della sua analisi, tralasciando tanti altri argomenti, come quello del «local government» o quello del «Cabinet», per fare due

(44) P. 190, 255; secondo quanto ricorda Hearn, *op. cit.*, p. 90-91, invece, vi erano esempi di principi e persino di re che, in Inghilterra, erano stati portati davanti ai giudici o si erano rivolti ai giudici.

(45) P. 265 e 51-53.

(46) P. VI, 472.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soli esempi. E ci si riferisce al suo amore per strutture chiare, spiegazioni complete, architetture pesanti ma armoniose, argomentazioni possibilmente complete, anche se spesso avvocatesche (come quella relativa al valore legale delle convenzioni, dove, per le difficoltà di trovare argomenti a favore, argomenta «a contrario», spiegando che cosa succederebbe se le convenzioni non venissero rispettate), uso oculato di sentenze per illustrare il diritto positivo, completezza dell'esame, arricchito sempre dall'esposizione delle obiezioni alle sue tesi e dall'illustrazione dei pregi e dei difetti delle diverse soluzioni, sapiente abuso delle ripetizioni, per fissare i concetti principali, distinzione accurata delle analisi principali e delle analisi subordinate.

Se si paragona l'opera di Dicey a quella dei giuristi che lo precedettero, si ha chiara l'impressione che, con lui, si esce dal caos. Dicey fa lo sforzo di costruire una scienza coerente, definendo i principii e, poi, applicandoli a problemi specifici, valendosi della storia e della politica, ma solo come base del lavoro più propriamente giuridico (47), ed adoperando uno stile letterario ben al di sopra di quello diffuso all'epoca (non si dimentichi che Dicey stesso apprezzava Blackstone anche per la qualità del suo stile letterario).

Da dove veniva questo amore per la logica, per la simmetria, per la definizione di principii? Si può dire che questo avesse tre fonti. La prima, già posta in luce (48), la lezione analitica austiniana. Più importanti la seconda e la terza, costituite rispettivamente dalle esperienze fatte da Dicey come studioso prima del 1885 e dal suo «programma» come giurista.

Il primo libro giuridico di Dicey è «A Treatise on the Rules for the Selection of the parties to an Action», del 1870 (49).

Il secondo è «The Law of Domicil as a Branch of the Law of England, Stated in the Form of Rules», del 1879 (50), che costituirà la base di quello che molti ritengono il «magnum opus» di Dicey, al

---

(47) Ma egli non riteneva irrilevante la storia e la politica, come afferma R.W. BLACKBURN, *Dicey and the Teaching of Public law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 683.

(48) R.A. COSGROVE, *op. cit.*, p. 23-28.

(49) London, Maxwell; l'opera ha anche avuto una edizione americana, New York, 1876, a cura di J.H.Truman.

(50) London, Stevens.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale egli lavorerà, con fatica ed abnegazione, per quindici anni, a partire dal 1882, «A Digest of the law of England with Reference to the Conflict of Laws», del 1896 (51).

Ora, la caratteristica di questi libri è di sintetizzare la disciplina esistente, per lo più di fonte giudiziaria, in forma di precetti. Il primo e il secondo (e, successivamente, il terzo) codificano in forma di principii e disposizioni, scritti nelle stesse forme di articoli di un codice, la normativa, in massima parte giurisprudenziale; questi sono, poi, seguiti da illustrazioni e commenti e da spiegazioni in forma di casi ed esempi. Il primo libro, dunque, consisteva di 118 articoli, il secondo di 73; il terzo consisterà di 188 articoli.

Queste tre opere si distaccavano dalla tradizione, caratterizzata da scritti dove la giurisprudenza era affastellata acriticamente, senza che si riuscissero a ricavarne i principi o le costanti. E richiesero un grande impegno di completezza e chiarezza, nel ridurre un tema complesso e una serie di decisioni giudiziarie in un numero definito di regole comprensibili anche ai non esperti.

Si aggiunga che Dicey era riuscito in quest'opera in due campi particolarmente complessi, come quello del diritto processuale e quello del diritto internazionale privato (Dicey, peraltro, sulla scia di Austin, non amava questa definizione). E che questi lavori ebbero buoni echi: il primo volume fu molto ben accolto, anche se i successivi mutamenti giurisprudenziali e normativi lo renderanno rapidamente obsoleto; il secondo costituisce ancora, dopo un secolo, la base dell'insegnamento della materia (52).

L'esperienza compiuta nello scrivere queste opere sarà riassunta dall'autore in una sorta di «programma», esposto solo un anno dopo la pubblicazione del secondo volume (53).

In questo scritto egli espone la tesi che lo studio della «jurisprudence» è interessante perché consente di combinare il diritto con

---

(51) London, Stevens.

(52) *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, a cura di L. Collins, London, Stevens, 1987, 2 voll.; si consideri che l'opera rimase del solo Dicey fino alla II ediz.; dalla III, appare a cura di A. Berriedale Keith; poi a cura di J.H.C. Morris ed altri.

(53) *The Study of Jurisprudence*, in *The Law Magazine and Review*, 1880, n.237, august, p.282, che prende spunto da e recensisce il volume di T.E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1880.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la logica. I concetti giuridici — egli dice — debbono essere analizzati, ma anche posti in relazione tra di loro, fino a formare le divisioni che compongono il sistema del diritto. Dopo aver citato Savigny, afferma: le decisioni dei giudici sono solo illustrazioni di regole; queste debbono essere formulate in termini rigorosi e ordinate in un insieme sistematico. Non basta raccogliere informazioni e fornire materiale. Occorre dare una sistemazione logica, campo nel quale Austin è stato maestro, per la sua capacità di analisi logica. Austin, però, non padroneggia se non pochi argomenti; gli manca il senso della misura e delle proporzioni. Holland, invece, riesce a padroneggiare l'intero argomento e sa avvicinarcisi a partire dal centro.

A questa attenzione per il metodo va aggiunto l'interesse di Dicey per l'insegnamento e l'organizzazione degli studi del diritto. Egli aiutò, nel 1871, Bryce a fondare le facoltà giuridiche di Manchester e di Liverpool, e per due anni insegnerà a Manchester. La sua lezione inaugurale all'insegnamento che terrà fino alla pensione, all'«All Souls College» di Oxford, avrà per tema «Can English Law be Taught at the Universities?» (54). In un'epoca fortunata, quella in cui l'Università di Oxford rifiorisce, egli fa rivivere il prestigio della «Vinerian Chair», che era stata un secolo prima di Blackstone, ma che era fortemente declinato. È uno dei fondatori, nel 1885, della «Law Quarterly Review». Stabilisce contatti, destinati a permanere, con la scuola americana di diritto e specialmente con quella di Harvard, dove Langdell aveva rivoluzionato l'insegnamento giuridico (55). Può dirsi il fondatore della scienza giuridica moderna in Inghilterra, con Maine, Pollock, Bryce, Holland, Anson, Maitland (56).

Se il metodo sarà quello sperimentato nel corso degli studi

---

(54) Poi, pubblicata come volume, con lo stesso titolo, London, Macmillan, 1883.

(55) Dicey sarà un estimatore della tecnica di insegnamento sviluppata da Langdell.

(56) H.G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, Blackwell, 1958, p. 98-163; F.H. Lawson, *The Oxford Law School 1850-1965*, Oxford, Clarendon, 1968, spec. p. 69-73 e 113-116; R.A. Cosgrove, *A.V. Dicey at the Harvard Law School, 1898: A Study in the angloamerican legal Community*, in *Harvard Library Bulletin*, 1978, n. 26, july, p. 325 ss., nonché R.A. Cosgrove, *The Rule of Law* cit., p. 45 e seguenti; R.W. Blackburn, *Dicey and the Teaching of Public law* cit., p. 679 ss; N. Johnson, *Dicey and his Influence on Public Law*, in *Public Law*, 1985, winter, p. 717 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giuridici, l'idea di fondo è, invece, suggerita a Dicey dallo studio della storia.

Abbiamo notato quante volte Dicey fa riferimento al «droit administratif» come a un regime somigliante a quello dell'Inghilterra dei Tudors e degli Stuarts, prima della «glorious revolution». Da dove traeva Dicey le sue conoscenze sull'epoca del predominio dell'esecutivo nella storia costituzionale inglese, e la sua appassionata critica dell'arbitrio e dei privilegi dell'amministrazione? Appena venticinquenne, nel 1860, egli aveva scritto un libro storico, su «The Privy Council» (57), alla preparazione del quale egli attribuirà l'origine del suo interesse nel diritto costituzionale e nella storia (58). In questo libro egli — lavorando prevalentemente sui verbali delle riunioni del collegio — tracciava la storia del Consiglio dalla conquista normanna al 1700, con particolare attenzione ai secoli dal XV al XVII. Che cosa, di questa lunga vicenda, colpisce Dicey, che troverà un posto — e importante, come vedremo — nel «Law of the Constitution»? Il libro narra la vicenda del graduale processo di separazione delle funzioni giudiziarie da quelle esecutive, e di quelle legislative da quelle politiche, nonché della attribuzione loro a corpi differenti. L'autore parte dall'esame della «Curia regia», organo supremo del regno, in cui le diverse funzioni statali erano unite. Una prima separazione si produce quando si sviluppano le corti giudiziarie, che assumono parte delle funzioni giudiziarie della «Curia», che diviene «Council».

L'autore non si sofferma sull'altro aspetto, quello della trasformazione del «Great Council», insieme con i «Commons», nel Parlamento. Segue, invece, le vicende del «Privy Council», che nasce dal «Permanent» o «Continual Council» e nel quale rimangono, per il fatto che la funzione di giudice era prerogativa reale, alcune funzioni giudiziarie. Dicey nota che, giudicato secondo criteri moderni, il Consiglio era organo ordinato secondo l'arbitrio, non secondo il diritto: l'esecutivo che intervenga per sedare un tumulto — spiega — si trova, poi, a dover giudicare i rivoltosi (59).

---

(57) Ripubblicato nel 1887, London, Macmillan.

(58) R.S. Rait, *Dicey, A.V.*, «ad vocem», *Dictionary of National Biography, 1922-1930*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1937, p. 259.

(59) P. 68 e p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La situazione — continua Dicey — peggiora nel '500 e nel '600, quando il Consiglio divenne «Star Chamber», la più oppressiva autorità che abbia minacciato la libertà in Inghilterra. Organo amministrativo e giudice, la «Star Chamber» esercitava la censura sui giornali, si interessava di finanza e di commercio ed industria, era corte criminale. Aveva una sfera di competenza illimitata e faceva frequente ricorso alla tortura.

Poi, dalla metà del '600, fino agli inizi del '700, venne operata una autentica rivoluzione, perché al Consiglio furono sottratti i compiti giudiziari, mentre in esso si cominciò a sviluppare un organo più ristretto, il Gabinetto (e si rafforzava il Parlamento) (60): si passa così da un governo della Corona al governo di gabinetto (e, più tardi, a un governo parlamentare).

Dalla seconda metà del '600, insomma, comincia una nuova era: cambia tutto il sistema di governo e, grazie alla separazione delle funzioni giudiziarie, politiche ed amministrative, si sviluppano i concetti di diritto, di Stato e di governo (61).

Dunque, Dicey mette l'accento sulla commistione di funzioni amministrative e di funzioni giudiziarie come fonte di tutti i mali del governo dei Tudors e degli Stuarts. Questo ci riporta diritto al Consiglio di Stato, organo amministrativo ed organo giudiziario (nonché di consulenza legislativa), nel quale, dunque, le funzioni statali non sono ancora separate. E spiega perché Dicey, scrivendo venticinque anni dopo, sottolinei con tanta decisione il parallelismo tra i governi autoritari della Francia e quelli dei Tudors e degli Stuarts (62): il Consiglio di Stato francese gli pare un organo vecchio, frutto della «lawlessness» medievale.

Fanno parte degli anni di apprendistato di Dicey anche alcuni articoli su temi giuridici, scritti su riviste non giuridiche (ma si tenga presente lo scarso sviluppo, in Inghilterra, della cultura e delle pubblicazioni scientifiche a carattere giuridico, verso il terzo quarto del secolo scorso). Di questi hanno particolare importanza due, perché testimoniano l'interesse critico di Dicey per il sistema giudiziario. Il primo di tali articoli spiega il «Development of the Com-

(60) P. 133 e 137.
(61) P. 131 e 147.
(62) Si noti che egli non prestò mai molta attenzione alla divisione dei poteri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mon Law» (63). Egli si chiede come mai il diritto inglese abbia dato luogo alla formazione di due corpi di norme, «Common Law» ed «Equity», amministrati da giudici diversi e, in certo modo, antagonisti. E spiega che ciò è accaduto perché i giudici di «Common Law», mentre guadagnarono autonomia nei confronti dell'esecutivo, non furono, però, capaci di operare vigorosamente e, nel vuoto lasciato dalla loro opera, si sviluppò l'altro ramo del diritto. Il secondo articolo, dedicato alla «Judicial Policy» (64), procede per una strada molto simile. L'autore si pone tre interrogativi: perché i giudici hanno un posto tanto alto nella società e tanti meriti? che cosa cambia nella società? come preservare l'efficienza del sistema giudiziario? Al primo risponde che sono stati l'indipendenza, la dignità, lo scarso potere sociale e politico e il carattere tecnico del loro lavoro, che hanno conferito tanto prestigio ai giudici. Al secondo, che i cambiamenti più importanti sono la trasformazione della società da aristocratica in democratica e gli effetti della «Law Reform». Al terzo, che la strada da seguire non è quella della mera conservazione, ma quella di un adattamento attento ai bisogni dei tempi.

Nel 1905, Dicey pubblicava le sue «Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century» (65). Ma Dicey aveva cominciato a lavorare al tema fin dal 1897-1898, per la preparazione delle sue lezioni ad Harvard su quello stesso tema (66).

L'idea centrale del libro — che al suo apparire venne salutato come «"l'ésprit des lois" dei nostri tempi» (67) — è che la storia legislativa del XIX secolo è il riflesso delle grandi correnti di opinione. Nel corso del secolo, si sono succedute tre correnti, che caratterizzano tre periodi, definiti da Dicey «old toryism or legisla-

---

(63) In *Macmillan's Magazine*, 1871, n.24, august, p. 287-296.

(64) Nella stessa rivista, 1874, n.29, april, p. 473-487.

(65) London, Macmillan; II edizione, 1914, poi ripubblicata da Transactions Books, New Brunswick, N.J., 1981.

(66) Si veda, peraltro, anche A.V. Dicey, *The legal Boundaries of Liberty*, in *Fortnightly Review*, 1868, vol. 9, 1, january, p. 1 ss., sul diritto di associazione garantito dalla «public opinion» e sull'opportunità che venga garantito direttamente dalla legge.

(67) R.S. Rait, *Dicey A.V.* cit., p. 260.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tive quiescence» (1800-1830), «benthamism or individualism» (1825-1870) e «collectivism» (1865-1900).

Il terzo periodo, quello sul quale Dicey si diffonde maggiormente e che qui interessa di più, sarebbe stato mosso dal diffondersi della filantropia e delle correnti umanitarie, dalla sindacalizzazione operaia, dallo sviluppo della forma societaria e dall'allargamento del suffragio. Questi movimenti hanno portato a una legislazione statale di protezione e guida pubblica di attività private, di limitazione della libertà contrattuale, di preferenza dell'attività collettiva, di promozione dell'eguaglianza.

Negli anni 1900-1914, ai quali Dicey dedicò un'analisi nella lunghissima introduzione alla seconda edizione del libro, il liberismo è finito e la corsa verso il collettivismo e il socialismo si fa più veloce: ne è segno la legislazione in materia di pensioni, di assicurazioni, di conflitti di lavoro, di controllo pubblico dei salari, di istruzione, di finanza, ecc. Qui più esplicitamente che nel testo precedente, Dicey esprime la sua opposizione al collettivismo e all'intervento economico e sociale statale, che uccide — egli dice — l'iniziativa privata. Nonostante i molti studi di carattere storico originati, direttamente o indirettamente, da questo libro (68), rimane ancora aperto l'interrogativo di Geoffrey Marshall (69): perché i principii economici dell'Inghilterra vittoriana, che Dicey esprimeva, si rivelarono così transeunti, mentre quelli politici sono stati tanto duraturi.

In modi complessi, per la diversità dei due argomenti e per la difformità degli approcci e del metodo (l'uno giuridico, l'altro storico), «Law and Opinion» costituisce la continuazione ideale di «Law of the Constitution». Anche in «Law and Opinion» v'è attenzione per l'aspetto giudiziario: un diritto non è tale se non può essere giudizialmente protetto (70). Della «judicial legislation» si vantano i meriti: assicura la certezza e il mantenimento del sistema, logica, simmetria, congruenza e rispetto dei principii. Ma Dicey aggiunge anche che la «judicial legislation» rappresenta le convinzioni di un'epoca precedente: se il legislatore si fa portatore delle

(68) O. Mac Donagh.

(69) *Dicey, A.V.*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences,* IV vol., London, Macmillan, 1968, p. 160.

(70) P. 205-206.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

idee di ieri, i giudici sono i difensori di quelle dell'altro ieri. Essa, inoltre, assicura un progresso lento: in un quarto di secolo, il Parlamento può fare più di quanto le corti giudiziarie fanno in molti secoli. Infine, nonostante che la «judicial legislation» rappresenti una parte cospicua della disciplina di alcuni settori (nove decimi di quella dei contratti, gran parte di quella della responsabilità), essa tende, tuttavia, ad esaurirsi e a spegnersi per lo sviluppo della legislazione, anche se la complessità della vita è tale da ridare, poi, nuovo spazio, sia pur limitato, all'azione dei giudici (71).

Un secondo motivo di «Law and Opinion» è la crescita della pubblica amministrazione: nel periodo 1868-1900 — osserva Dicey — il Parlamento allarga la sua base elettorale, ha fine l'epoca del «laissez-faire» e i meccanismi amministrativi si riformano e rafforzano (72).

Domina, nella comparazione, come nel precedente libro, la Francia, ma citata sempre «by way of contrast» (73). È criticata la rivoluzione francese, che dilaziona di quaranta anni cambiamenti salutari e progressivi, come quelli inglesi (74); vengono criticati i giacobini e i principii astratti di cui sono portatori (75); si spiega che l'intera relazione tra giudici ed amministrazione, come ordinata in Francia, è incomprensibile per un inglese: in particolare, il principio di non interferenza del potere giudiziario in quello amministrativo (76).

Ma quello che più di tutto colpisce è il rifiuto di Dicey del collettivismo, il suo antisocialismo, e, quindi, la sua critica dell'intervento statale. In questo senso, «Law of the Constitution» e «Law and Opinion» sono manifestazione di una stessa tendenza: il primo critica il diritto amministrativo; il secondo, più direttamente, la pubblica amministrazione e l'attività amministrativa; il primo si oppone alla forma che assume l'amministrazione, il secondo direttamente al contenuto.

---

(71) P. 361-398 e p. 483-494.
(72) P. 310; si veda anche p. XXXIX per il periodo 1905-1914.
(73) P. 59-60.
(74) P. 123; si veda anche p. 144.
(75) P. 171.
(76) P. 59-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In conclusione, nella restante opera scientifica di Dicey sono presenti tre motivi, che costituiscono, in qualche caso, una preparazione di «Law of the Constitution»; in qualche caso, uno sviluppo delle idee di questo libro. Si tratta del metodo che potremmo definire positivistico e dogmatico; dell'antistatalismo e della critica al diritto amministrativo come componente autoritaria dell'amministrazione; dell'antisocialismo e dell'opposizione alla crescita della legislazione e dell'amministrazione pubblica.

5. *I debiti e i crediti di Dicey.*

Negli scritti di Dicey, e, in particolare, nel libro su «Law of the Constitution», sono presenti motivi ricorrenti nella cultura che va dalla fine del XVII secolo al XIX secolo (77).

Già Locke, che scriveva i suoi «Two Treatises on Government» (78) prima della «Glorious Revolution» (79), aveva consacrato i principii della supremazia parlamentare, della eguaglianza e della indipendenza dei giudici. Gli farà eco un ginevrino, il De Lolme (1740-1807). Questo, comparando la costituzione inglese a quelle continentali, tesserà l'elogio della prima, specialmente per quanto riguarda il rispetto della libertà e la sovranità del Parlamento (80).

Ma saranno, poi, due autori inglesi del secolo successivo, Edmund Burke e Jeremy Bentham, ambedue molto letti da Dicey, a sollevare i primi dubbi sulle decisioni dei rivoluzionari francesi di abolire gli antichi giudici (i parlamenti) e di sostituirli con nuovi giudici, ai quali era impedito, però, di intervenire sulle questioni amministrative, per non turbare l'esecuzione delle decisioni amministrative (81) .

---

(77) Sulle fonti di Dicey, l'analisi approssimativa e incompleta di H.W. ARNDT, *The Origins of Dicey's Concept of the Rule of Law*, in *The Australian Law Journal*, 1957, vol. 31, july, p. 117 ss.

(78) Si veda l'edizione critica di P. CASLETT, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1960.

(79) Anche se essi furono pubblicati immediatamente dopo.

(80) J.L. DE LOLME, *The Constitution of England or an Account of the English Government in which it is compared both with the republican form and the other monarchies in Europe*, London, Hatchard, 1784 (ma la prima traduzione è del 1771).

(81) Il primo a richiamare l'attenzione sul rapporto Francia-Inghilterra in Dicey,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In particolare, Burke, nelle sue «Reflections on the Revolution in France», scritte nel 1790 (82), lamentava la perdita di indipendenza subita dai giudici in Francia e osservava che l'esenzione dell'amministrazione dalla giurisdizione dei giudici ordinari era un grave errore: sono esentati dal controllo giudiziario proprio coloro che, per il fatto di svolgere una funzione pubblica, dovrebbero essere più astretti allo svolgimento dei propri doveri.

Anche Bentham fu interessato dalla rivoluzione francese e preparò, nel 1790, un «Draft of a new Plan for the Organization of the Judicial Establishment in France» (83) nel quale discuteva la norma allora in discussione contenente il divieto per i giudici di turbare l'attività amministrativa, affermando che, se questo comportava il divieto di dichiarare nulli gli atti amministrativi, si costringevano i giudici a rinunciare al loro proprio compito; un compito — aggiungeva — che non si vede come possa danneggiare il potere esecutivo. Bentham, nello stesso testo, si dichiarava contrario ad un giudice amministrativo, ma non per questioni di principio, bensì per ragioni pratiche, in quanto introduceva una inutile e dannosa complicazione.

Avvicinandoci agli anni in cui Dicey scriveva, troviamo segnati i tre temi di «Law of the Constitution»: la sovranità parlamentare, il regno della legge e le convenzioni costituzionali.

Sulla sovranità in generale e, in particolare, su quella parlamentare si era soffermato Austin, il fondatore della scuola giuridica analitica, la cui opera (84) era stata fondamentale nella formazione di Dicey (85) .

Un irlandese trasferitosi in Australia, William Edward Hearn, è all'origine della fortunata formula della «Rule of Law». Dicey, nella introduzione al «Law of the Constitution», riconosce il suo debito. La prima edizione del libro dello Hearn «The Government of

---

ma in termini molto generali e senza i necessari approfondimenti, è stato F.H. LAWSON, *Dicey rivisited*, in *Political Studies*, 1959, vol. VII, n. 2, p. 114-116.

(82) Ora in *The Works of E.Burke*, Oxford Univ. Press, s.d., ma 1907, vol.IV, p. 227.

(83) S.l.d.; ripubblicato nelle «Collected Works», vol. IV, p. 316.

(84) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1861), London, Murray, I vol., p. 268.

(85) R.A. COSGROVE, *The Rule of Law*, cit., p. 23 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

England - its structure and its development» (86) è del 1867. Lì viene sottolineata con grande enfasi la sottopposizione del potere al diritto, conseguente all'affermazione del principio di eguaglianza. Il vento e la pioggia possono entrare nella capanna del povero, non il Re — ripete Hearn —. Ogni cittadino, non importa se funzionario pubblico o nobile, è sottoposto, nello stesso modo, alla legge e ai giudici ordinari (87).

Hearn osserva che due principii sono importanti nell'amministrazione: quello della responsabilità personale dei funzionari e quello della loro sottoposizione ai giudici ordinari.

Per quanto forte sia l'amministrazione, essa non può impedire che un suo funzionario sia sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario (88).

Secoli di conflitti hanno, poi, condotto a definire i poteri discrezionali della Corona sottoponendoli a regole e controlli (89).

Il terzo autore al quale Dicey deve molto è Edward Augustus Freeman, che era stato suo professore ad Oxford (90), autore di un libro storico su «The Growth of the English Constitution - from the earliest times» (91). In questo libro si parla già delle convenzioni come di un «system of political morality» e viene sottolineata la crescita silenziosa e per vie non legislative, ma convenzionali, della Costituzione inglese (92).

Freeman insiste anche sulla giustizia esattamente eguale per tutti e sugli sforzi del potere legislativo di restringere la prerogativa arbitraria della Corona e per assicurare la libertà dei cittadini (93).

Ancor più interessante rintracciare i debiti di Dicey per quanto attiene ai paragoni con la Francia. Qui, infatti, il quadro è più complesso, perché comprende sia autori inglesi, sia autori francesi.

Sul lato inglese, vanno ricordati tre autori. Il primo è James

---

(86) London, Longmans.

(87) P. 89-91.

(88) P. 92-109.

(89) P. 116- 135.

(90) Sul debito di Dicey per Freeman, H. TULLOCH, *A.V. Dicey, and the Irish Question: 1870 - 1922*, in *The Irish Jurist*, 1980, new series, vol XV, p. 137.

(91) London, Macmillan, 1872.

(92) P. 107-120.

(93) P. 121-137.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stephen. Nonno materno di Dicey, potente e rispettato funzionario pubblico e, per qualche tempo, professore di storia a Cambridge, egli scrisse alcune «Lectures on the history of France» (94), che andavano dal declino delle provincie romano galle a Luigi XIV. Si tratta di un'opera che Dicey non cita nel «Law of the Constitution», ma che certamente conosceva, come risulta dalle note conservate presso l'«All Souls College», ad Oxford. D'altra parte, si tratta di un'opera molto conosciuta ed apprezzata, come risulta anche da una lettera del 14 febbraio 1858 di Alexis de Tocqueville all'autore, nella quale Tocqueville comunica di aver ammirato la conoscenza particolareggiata dei documenti storici e la comprensione delle idee, delle leggi e dei costumi della Francia.

James Stephen si pone, all'inizio della ventiquattresima ed ultima lezione (95), l'interrogativo di Voltaire: come mai Francia ed Inghilterra, muovendo dallo stesso punto di partenza, sono arrivate, pressapoco allo stesso tempo, a risultati così dissimili, quali possono essere le costituzione del Marocco e di Venezia (96)? Stephen risponde, con molta decisione, che le cause di questo diverso sviluppo vanno ricercate, da un lato, nella Corona, dall'altro nelle altre forze. La Corona, che ha sostituito al dispotismo feudale un dispotismo regio. Le altre forze, l'aristocrazia, i giudici, il potere municipale, i rappresentanti del popolo, il clero, gli uomini di lettere, per la loro incapacità di bilanciare e frenare il potere monarchico. Principale responsabile, il potere giudiziario, che non ha saputo resistere al potere regio, ed agire da freno.

Il libro di Stephen era una storia di Francia, che si concludeva con un capitolo molto critico del dispotismo di Luigi XIV e un paragone con l'Inghilterra, tutto a favore della bontà della Costituzione di quest'ultima. Un secondo libro, «History of England from the Accession of James I to the Disgrace of Chief justice Coke, 1603-1616 », di Samuel Rawson Gardiner (97), invece, è dedicato alla sola storia inglese, e a un periodo limitatissimo, costituito dai tredici

(94) London, Longmans, 1851.

(95) II vol., p. 461 ss.

(96) Si noti che la domanda che si porrà trentaquattro anni dopo Dicey sarà formulata in termini pressoché simili.

(97) London, Hurst and Blackett, 1863.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

anni dalla morte di Elisabetta alla dissoluzione del Parlamento. Ma non è meno importante per la formazione delle idee di Dicey.

Anche l'autore di questo libro era, in un qualche modo, vicino a Dicey: infatti, insegnò nello stesso «College» oxoniense dove Dicey fu a lungo «fellow». E Dicey stesso spiega, nella introduzione a «The Law of the Constitution», che questo libro gli ha suggerito la somiglianza tra il «droit administratif» francese della III Repubblica e le prerogative della Corona sotto i Tudors e gli Stuarts (98).

Anche Hearn, nel libro ricordato (99), segnala la differenza tra Inghilterra e Francia. Dopo aver segnalato come principii fondamentali della Costituzione inglese quelli che i funzionari sono personalmente responsabili degli atti commessi nell'esercizio delle funzioni pubbliche e che essi debbono rispondere davanti ai giudici ordinari, aggiunge che il problema è posto in termini ben diversi in Francia. L'espressione, che l'autore chiama «strana» e difficilmente traducibile, «giustizia amministrativa e garanzia dei funzionari pubblici», formatasi nell'Antico Regime, si è conservata nel nuovo. Nell'Antico Regime — osserva Hearn — si pensava che i principii dei giudici ordinari non avrebbero mai potuto conciliarsi con quelli dell'esecutivo; che gli affari amministrativi sarebbero stati disturbati da frequenti cause contro i dipendenti; che l'autorità del re sarebbe stata compromessa da procedure giudiziarie. Quindi, valendosi del potere di avocazione della Corona, non si consentì che alcun funzionario pubblico fosse sottoposto a procedure giudiziarie.

Queste idee erano tanto fortemente impresse nella mente dei francesi, che — scrive Hearn, sulla scorta di Tocqueville — la rivoluzione dette una forma legale al limite posto, in forma arbitraria e illegale, all'intervento dei giudici. Le costituzioni, poi, cambiarono, ma rimase fermo il principio di non intervento della giurisdizione ordinaria negli affari amministrativi.

Il rapporto tra Francia e Inghilterra, nel XIX secolo, è estremamente complesso. Dicey stesso, nel libro su «the Law of the Constitution», ne è testimone, nella pagina e nella nota che dedica ai sentimenti inglesi verso la Francia, dove ricorda che la presa della Bastiglia era stata salutata dagli inglesi con un entusiasmo che nel

(98) *Law of the Constitution,* p. VI.
(99) P. 109-111.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

XX secolo non pareva facilmente comprensibile e che si spiega solo col fatto che la Bastiglia era il segno esterno e visibile del potere senza diritto. Si sentì — in Inghilterra — che significava l'ingresso, nel resto d'Europa, di quel regno della legge che esisteva già in Inghilterra (100).

Su questo rapporto si innesta l'influenza del pensiero liberale francese su Dicey. Tre francesi, in particolare, contribuiranno a formare le idee di Dicey sulla Francia, uno liberale moderato, Alexandre Francois Auguste Vivien (101), un altro liberale democratico, Alexis de Tocqueville, un altro, infine, che era un pratico, Léon Aucoc. Di tutt'e tre Dicey conosce e cita le opere principali, anche se gli sfuggono altri scritti o discorsi. Vedremo che critici francesi forniscono argomenti e materiali per la critica inglese della Francia.

Per molti versi, quelle di Vivien e di Tocqueville sono due vite parallele. Vissuti ambedue nella prima metà del secolo scorso, ambedue giudici, ambedue politici durante la monarchia di luglio, sotto Luigi Napoleone Bonaparte e durante la Repubblica, ambedue per breve tempo ministri, ambedue lasciano la vita politica nel 1851, ambedue membri dell'«Institut». Ambedue saranno indotti dalle circostanza a pronunciarsi, come studiosi e come politici, sui rapporti tra giustizia e amministrazione. Tuttavia, come vedremo, li separava una diversa concezione della giustizia amministrativa.

Cominciamo con Vivien, di cui Dicey conosce la seconda edizione dei fondamentali «Etudes administratives». Dicey lo definisce giurista francese di grande autorità (102).

Vivien (1799-1854) doveva avere una discreta conoscenza dell'Inghilterra, perché era stato educato da una nonna che aveva vissuto per metà della sua vita in Inghilterra e perché egli stesso fece un lungo soggiorno, nel 1833, in quel paese. Prima avvocato, poi per breve tempo procuratore generale ad Amiens e prefetto di polizia a Parigi, divenne consigliere di Stato e fu, dal 1849 al 1851, presidente della sezione legislativa di questo corpo. Fu deputato dal 1833 al

---

(100) P. 192-193.

(101) O. Pirotte, *Alexandre Francois Auguste Vivien de Goubert (1799-1854) - contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, L.G.D.J., 1972, spec. p. 79.

(102) P. 337, nota 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1848, ministro della Giustizia nel 1840 e ministro dei Lavori pubblici nel 1848.

Negli «Etudes administratives» (103), Vivien spiegava che giustizia ed amministrazione sono due poteri distinti, che debbono rimanere entro i limiti che sono loro assegnati. E continuava: vero che alcuni paesi liberi, come l'Inghilterra e gli Stati Uniti, non hanno accettato il principio della separazione dei poteri, ma il loro esempio è senza importanza, perché l'amministrazione francese non si può comparare a quella di questi due paesi.

Le differenze sono due. La prima sta nel carattere circoscritto dell'amministrazione inglese e americana; l'amministrazione francese è ben più ampia ed ha molti più compiti. La seconda sta nel carattere minuzioso e imperativo delle leggi, che sono applicate in maniera meccanica dai funzionari pubblici, che non sono dipendenti dal governo: l'amministrazione è un agente cieco, chiamato solamente a leggere un testo e a seguirlo alla lettera. La legge, inoltre, stabilisce pene per i funzionari che non la rispettano. E il giudice che dà esecuzione alla legge, irrogando le pene, non si mescola negli affari amministrativi: egli non fa che applicare un testo legale ad un'amministrazione che ha le mani legate e i cui obblighi sono tutti definiti dall'inizio.

Diversa la situazione in Francia. Qui il legislatore — dice Vivien — stabilisce principii fondamentali e conferisce poteri generali all'amministrazione, che rimane vero arbitro. In questo sistema, attribuire ai giudici ordinari il potere di annullare gli atti amministrativi o di pronunciarsi sulla responsabilità dei funzionari, vorrebbe dire sottomettere l'amministrazione a un controllo generale e illimitato, attirarla nell'area giudiziaria, renderla inerte e arrestare il suo corso. Questo era accaduto nell'Antico Regime, quando i Parlamenti erano giunti ad interferire nell'attività legislativa e in quella amministrativa. Per cui l'Assemblea Costituente aveva stabilito il principio della separazione dei poteri e del divieto di interferenza dei giudici nell'attività amministrativa.

Ma l'applicazione del principio della separazione dei poteri — continua Vivien — deve essere circondato da tutte le garanzie

(103) Paris, Guillamin, I ed. 1845, II ed. 1852, III ed. 1859.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

necessarie a impedirgli di degenerare in strumento di usurpazione e di dispotismo. Occorre, dunque, determinare le regole secondo le quali mantenere giustizia e amministrazione separate. Qui Vivien mette il dito su due punti, che giocheranno un ruolo determinante per la formazione del pensiero di Dicey: l'irresponsabilità dei funzionari e l'attribuzione allo stesso giudice amministrativo del compito di giudice dei conflitti. Dopo aver fatto la storia della tormentata disciplina di questi due punti capitali dal 1800 al 1852, Vivien osserva che, se un cittadino vuol fare annullare un atto amministrativo lesivo di un suo diritto, il governo, attraverso lo strumento del conflitto, può impedire ai tribunali ordinari di intervenire; e, se un cittadino lamenta un comportamento arbitrario, commesso da un dipendente pubblico e causa di un pregiudizio per lui, il governo, rifiutando di dare l'autorizzazione a procedere contro il dipendente, può impedire al giudice ordinario di giudicare. E aggiunge: si è autorizzati ad affermare che l'autorità giudiziaria non è protetta contro l'amministrazione. Ed è singolare il contrasto tra le leggi che, da una parte, dichiarano i giudici inamovibili, allo scopo di sottrarli all'influenza di chi potrebbe utilizzare la rimozione come un'arma per limitarne l'indipendenza, e, dall'altra, permettono al governo di sottrarre alla giurisdizione dei giudici ordinari tutte le questioni per le quali la inamovibilità assicura una protezione ai cittadini. E la cosa è tanto più incomprensibile in quanto — conclude Vivien — i giudici ordinari sono ben diversi da quelli dell'Antico Regime, rispettano le reciproche competenze e sono mossi solo dalla preoccupazione di difendere i diritti dei privati, senza voler dare ombra a coloro che sono disposti a rispettare questi diritti (104). Più avanti (105) Vivien, secondo un orientamento proprio del liberalismo moderato, cercherà di dare un suo posto al contenzioso amministrativo, spiegando che non si tratta né di contenzioso giudiziario (in quanto riguarda leggi speciali), né di mera disciplina discrezionale (perchè opera quando si tratta di un diritto).

Come è si detto, Vivien ebbe occasione di pronunciarsi sul diritto amministrativo e sulla giustizia amministrativa anche quale

(104) VIVIEN, *Etudes*, cit., I vol., III ed., p. 16-29.
(105) I vol., p. 123.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deputato e magistrato. Le occasioni furono molte, ma due gli dettero modo, in particolare, di esporre meglio il suo pensiero.

La prima fu costituita dai due dibattiti degli inizi del 1835 in materia forestale e sulla legge relativa alla responsabilità dei ministri e degli altri funzionari pubblici. La seconda fu il rapporto del 1848-1849 sulla legge organica sul Consiglio di Stato. Dicey non conosceva questi interventi di Vivien. Ma è interessante farne egualmente una breve menzione.

Nella prima occasione, Vivien sostenne che l'amministrazione non dovesse essere soggetta ai giudici, ma dovesse controllare essa stessa l'esercizio delle sue prerogative. Infatti, i ricorsi a cui l'attività amministrativa può dar luogo si legano in modo inseparabile con l'azione amministrativa. L'azione amministrativa, sottoposta al controllo dei giudici, sarebbe paralizzata. Un sistema di giustizia amministrativa è più liberale. I funzionari debbono essere garantiti: senza di ciò, la linea di separazione tra giudici e amministrazione sarebbe rotta. Né ciò costituisce un fatto grave, se si riflette sul fatto che, dei 150 mila funzionari, solo per 620 è stata avanzata richiesta di procedere; che solo per 391 funzionari la richiesta è stata accolta; e che solo 140 di questi sono stati condannati (106).

Se nel 1835 Vivien doveva solo difendere la separazione tra giustizia e amministrazione, nel 1848 andrà più avanti. Anche ora parte dall'argomento che sarebbe pericoloso sottoporre l'amministrazione ai giudici, che non conoscono le necessità dell'esecutivo, i suoi usi e i suoi bisogni; che si preoccupano, per mestiere, esclusivamente del diritto privato. La loro invasione nel campo amministrativo distruggerebbe il principio tutelare della separazione dei poteri. Ma, poi, afferma che deve esservi un controllo dell'amministrazione, che deve essere svolto dal contenzioso amministrativo. Questo deve distinguersi dalla giustizia ordinaria perché si applica a questioni di diritto amministrativo, perché è regolato da leggi speciali, perché ha principii e condizioni speciali. Insomma, Vivien non riesce a liberarsi dell'antico motto per cui «juger l'administration c'est encore administrer», ma si fa sostenitore della tesi dello sdop-

(106) O. Pirotte, *op. cit.*, p. 96 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piamento dell'amministrazione in amministrazione attiva e giurisdizione amministrativa.

Se, dunque, sostenne una linea mediana, tra quella giurisdizionale e quella amministrativa, linea che viene correntemente definita quasi giudiziaria, è vero che Vivien può ascriversi alla corrente liberale — moderata o liberale — autoritaria.

Quanto a Léon Aucoc, le sue «Conférences sur l'administration et le droit administratif faites a l'école des ponts et chaussés» (107) hanno avuto su Dicey una influenza meno ideologica e più pratica. L'opera ponderosa di Aucoc, infatti, per il pubblico al quale era diretta, era piuttosto una analitica descrizione del funzionamento della complicata macchina amministrativa, che un tentativo di catturarne lo spirito, come gli «Etudes» di Vivien o i brevi scritti — ai quali ora passeremo — di Tocqueville.

Su un punto fondamentale, però, Aucoc, orientò Dicey: l'assimilazione dei conflitti di attribuzione alle regole dirette a disciplinare le azioni giudiziarie nei confronti dei funzionari pubblici. Ora, Aucoc, nel primo tomo delle sue «Conférences», trattava congiuntamente questi due argomenti, nella parte dedicata ai mezzi per assicurare l'indipendenza dell'autorità amministrativa rispetto a quella giudiziaria. Si può immaginare che questo titolo abbia richiamato subito l'attenzione di Dicey, convinto come egli era che nessun potere dovesse essere indipendente da quello giudiziario. Come abbiamo visto, Dicey, menzionerà questi due aspetti — l'attribuzione all'organo amministrativo del compito di giudicare sui conflitti e la sua competenza ad autorizzare l'azione di responsabilità dei privati nei confronti dei funzionari pubblici — come punti sui quali il «droit administratif» maggiormente si discosta dalla «Rule of Law». Molto più complicati i rapporti tra Dicey e Tocqueville (108). Sappiamo che Dicey, da giovane, leggeva Tocqueville (109); che, in una lettera del 12 giugno 1913 a Bryce, scriverà che, se avesse dovuto indicare gli autori che più l'avevano impressionato nella prima

(107) S.i.e., Paris, 3 voll., I edizione 1869.

(108) In generale, ma senza cogliere i punti fondamentali, S. DRESCHER, *Tocqueville and England*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1964, p. 86 ss.

(109) TROWBRIDGE H. FORD, *Albert Venn Dicey — The man and his times*, Chichester, Barry Rose, 1985, p. 21.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giovinezza, avrebbe indicato Tocqueville e Lyall (110) e che gli dedicò uno scritto (111). In più, in frammenti di diari e in lettere pubblicati postumi (112) egli contrappone Tocqueville a Taine, osservando che il primo ha tracciato l'interpretazione di fondo, il secondo vi aggiunge citazioni e dati e si dice rammaricato di non aver imitato Tocqueville nelle sue opere, illustrando con la dovuta forma le conclusioni dei suoi ragionamenti e raccogliendo prove e documenti alla fine degli scritti.

Nell'ultima edizione del «Law of the Constitution», Dicey, in ben due passaggi (113), afferma che Tocqueville era un uomo di genio straordinario. E dichiara ben due volte di aver appreso dell'esistenza del «droit administratif» dalle opere di Tocqueville, i cui scritti hanno esercitato — continua Dicey — nel XIX secolo, in Inghilterra, un'influenza paragonabile a quella di Montesquieu nel XVIII secolo. Poi, quasi per scusarsi, aggiunge: vero che Tocqueville, per sua stessa ammissione (si veda la lettera a Blosseville, del 1831, alla quale faremo tra poco riferimento), sapeva poco del «droit administratif». Verso la fine della sua vita, la sua conoscenza del «droit administratif» crebbe, ma fu conoscenza di storico, non di giurista; ma, guardando il fenomeno con gli occhi dello storico, fu portato ad esagerare le somiglianze tra Antico Regime e Francia postrivoluzionaria, mentre gli sfuggivano i cambiamenti che avvenivano ai suoi tempi, e, in particolare, la giurisdizionalizzazione dell'amministrazione.

Vedremo che Dicey si sbagliava: Tocqueville ebbe piena contezza dell'importanza degli sviluppi dei suoi tempi, ed, anzi, contribuì alla loro realizzazione. Ma è singolare che il «pregiudizio» o l'«errore» di Dicey venga da questo, erroneamente, attribuito a Tocqueville.

Ma vediamo, ora, quali brani di Tocqueville sceglie Dicey. Nella

---

(110) R.A. Cosgrove, *The Rule of Law — Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Univ. of North Carolina Press, 1980, p. 13.

(111) A.V. Dicey, *A. de Tocqueville*, in *National Review*, 1893, vol. XXI, august, p. 771-784.

(112) R.S. Rait, a cura di, *Memorials of Albert Venn Dicey being chiefly letters and diaries*, London, Macmillan, 1925, p. 132 e p. 134.

(113) P. 89 e 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima edizione di «Law of the Constitution», egli cita (114) la famosa lettera, scritta il 10 ottobre 1831, da New York, a Blosseville. Questa lettera era stata pubblicata nell'edizione Beaumont delle opere complete (115). Nella parte iniziale, non citata da Dicey, Tocqueville scrive di interessarsi del sistema giudiziario americano, dei giudici ordinari e di quelli speciali. E dichiara con sorpresa di non aver trovato da alcuna parte, fino a quel momento, tracce di giudici amministrativi somiglianti al Consiglio di Stato e ai consigli di prefettura francesi. Vi sono — aggiunge — questioni amministrative: ma da chi sono giudicate? Prosegue (ed è questa la parte citata da Dicey): per esaminare la questione, dovrei sapere quel che esiste in Francia, ciò che ignoro quasi completamente. E continua col brano tanto citato: «vous savez que, chez nous, le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point tojours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître». Finisce chiedendo a Blosseville informazioni sulla composizione e sulla competenza dei tribunali amministrativi, sulla loro utilità e sull'influenza politica che possono esercitare.

Nella prima edizione di «Law of the Constitution» (116), Dicey cita anche un noto passaggio della «Democratie en Amerique», I tomo, parte prima, capitolo VI. Anche in questo caso, Dicey cita solo la seconda parte del testo, quella relativa alla situazione francese, non la prima, relativa all'Inghilterra e agli Stati Uniti.

Tocqueville scrive che, negli Stati Uniti, come in Inghilterra, tutti i cittadini possono promuovere un'azione nei confronti dei funzionari pubblici e i giudici ordinari hanno il potere di condannarli. Ciò è visto come cosa naturale e, in tal modo, non si pensa che il potere del governo diminuisca. In Francia, invece, l'art.75 della Costituzione dell'anno VIII dispone che occorra una decisione del Consiglio di Stato per proporre azione nei confronti di un funzionario pubblico. Continua Tocqueville: ho cercato spesso di far comprendere il significato di questa disposizione agli americani o agli inglesi, ma mi è riuscito difficile. La prima loro impressione era che i giudizi fossero condizionati alla decisione di un gran tribunale

(114) P. 180-181, nota 2.

(115) A. de TOCQUEVILLE, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.

(116) P. 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

centrale, che doveva decidere in via preliminare. Quando spiegavo loro che il Consiglio di Stato non è un giudice, ma un corpo amministrativo, composto di membri nominati dal Re, e che quest'ultimo, dopo aver ordinato a un prefetto di commettere un'illegalità, poteva ordinare ad un altro suo servitore di impedire di punire il primo; quando mostravo loro che il cittadino, colpito dall'ordine del principe, era costretto a chiedere al principe stesso l'autorizzazione a ricorrere per ottenere giustizia, rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e di ignoranza (117).

Come in un gioco di specchi, dunque, Dicey vuol convincere lettori inglesi facendo vedere la realtà francese descritta da un francese che fa parlare degli inglesi per mostrare l'enormità della situazione francese.

Il terzo brano di Tocqueville citato da Dicey nella prima edizione del «Law of the Constitution» è tratto dalla lettera del 10 agosto 1854 a Freslon (118). Si tratta di una lettera in cui Tocqueville esprime in breve la tesi di fondo del volume su «l'Ancien Régime et la Révolution»: nello studio delle carte amministrative dell'Antico Regime, risulta chiaro l'intervento continuo del potere amministrativo nella sfera giudiziaria. I legisti lamentavano continuamente che nell'Antico Regime i giudici amministravano. Si potrebbe lamentare con altrettanto fondamento il fatto che gli amministratori giudicavano. La sola differenza con la situazione odierna — continua Tocqueville — è che abbiamo corretto l'Antico Regime sul primo punto, mentre l'abbiamo imitato sul secondo. Avevo creduto fino ad ora che la giustizia amministrativa fosse una creazione di Napoleone. Essa è, invece, «pur ancien régime conservé». Il principio che, anche se si tratta di un contratto tra lo Stato e un privato, è lo Stato a giudicare, era ritenuto sacro sia dagli intendenti dell'Antico Regime, sia dai prefetti.

Questi concetti saranno esposti con maggiori svolgimenti ne «L'Ancien Régime et la Révolution», pubblicato nel 1856, che Dicey

---

(117) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amerique*, Paris, Gallimard, 1951, Tome I, p. 104-106.

(118) Pubblicata in *Oeuvres et correspondance inédites d'Alexis de Tocqueville* (edizione Beaumont), Paris, Levy, 1861, tome II, p. 221-222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non cita nell'edizione del 1885 della sua opera, bensì in edizioni successive ([119]).

Nel capitolo II del secondo libro, sulla centralizzazione, Tocqueville spiega che al centro del regno, sotto l'Antico Regime, vi era il «Conseil du Roi», nello stesso tempo corte suprema di giustizia, tribunale superiore amministrativo, organo consultivo del governo (e, in quanto tale, con un ruolo importante nel processo legislativo) e consiglio superiore della pubblica amministrazione. In provincia, un funzionario dei gradi inferiori del Consiglio, l'intendente, ha anch'egli il compito di amministratore e di giudice.

Il capitolo IV del secondo libro è intitolato: la giustizia amministrativa e la garanzia dei funzionari sono istituzioni dell'Antico Regime. Tocqueville osserva: durante l'Antico Regime, per evitare di sottostare ai giudici, che erano tra i più indipendenti in Europa, l'esecutivo ricorreva a due mezzi: istituzione, con editti reali o con decreti del Consiglio, di giudici speciali, oppure avocazione, con decisioni del Consiglio, di singole controversie (in quest'ultimo modo, interi campi, come quello delle imposte, quello dei trasporti, quello della navigazione, ecc., erano passati dalle mani dei giudici alla competenza del Consiglio di Stato).

Aggiunge: si vanta il fatto che la rivoluzione abbia introdotto la separazione del potere amministrativo da quello giudiziario ed abbia posto i funzionari al riparo dagli interventi dei giudici. Ma la garanzia dei funzionari era stata introdotta dall'antica monarchia. Unica differenza è che prima il governo proteggeva i suoi funzionari ricorrendo a misure illegali e arbitrarie, mentre dopo si è potuto lasciare loro violare le leggi legalmente.

Più in generale, Tocqueville osserva — seguendo il ragionamento esposto a Freslon — che il nuovo regime ha cacciato la giustizia dalla sfera amministrativa, ma non impedisce l'intervento dell'amministrazione nella giustizia. E sarà questo il brano citato da Dicey.

Tocqueville tornerà ancora (capitolo V del secondo libro e

([119]) Ora in *Oeuvres completes*, Paris, Gallimard, Tome II, voll.2, s.d., ma 1952; si noti che anche in questa opera Tocqueville fa continui cenni comparati all'Inghilterra, per dire che essa è un paese moderno, essendosi liberata, dal '600, dei residui del medioevo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capitolo VI del terzo libro), brevemente, sull'unione di amministrazione e giurisdizione nei tribunali amministrativi, sulla protezione dei funzionari (nonché sulle limitazioni poste al potere giudiziario): «des tribunaux exceptionnels qui jugent les affaires où l'administration est intéressée et couvrent tout ses agents». Sui rapporti tra amministrazione e giustizia Tocqueville ha, però, avuto modo di soffermarsi in altre circostanze, nel periodo 1835-1846. Si tratta di scritti non ancora pubblicati quando Dicey scriveva, con l'eccezione di due, tra cui il più importante. È utile, per completezza, passarli in rassegna tutti.

Si tratta, in primo luogo, delle note sull'introduzione del potere giudiziario nell'amministrazione, prese nel corso del secondo viaggio di Tocqueville in Inghilterra (1835) (120). L'autore osserva che si potrebbe scrivere un libro, e uno dei più importanti che si possano immaginare, sulla necessità e sui modi di introdurre il potere giudiziario nell'amministrazione. La necessità di tale introduzione — continua Tocqueville — è una delle idee centrali alle quali mi riconducono tutte le mie ricerche sui modi per assicurare la libertà politica. Più avanti osserva che l'istituzione più salutare è una giustizia veramente indipendente e con competenze più ampie di quelle in cui è rinchiusa la giustizia in Francia. E, infine, prendendo note sulla situazione inglese, osserva che lì il potere giudiziario interviene continuamente sulle amministrazioni locali e quasi tutti gli atti amministrativi finiscono in processi o si rivestono di forme giudiziarie.

Una seconda riflessione sul tema è compiuta da Tocqueville il 20 aprile 1843, nell'intervento all'Assemblea nazionale sulla competenza dei tribunali amministrativi in materia di reati commessi su strade pubbliche (121). Lì Tocqueville osserva che i tribunali amministrativi, Consiglio di Stato e Consigli di prefettura, non sono veri giudici, perchè non sono indipendenti. E continua: il vero problema è che vi è profonda sfiducia nella giustizia ordinaria, per cui si è affermato il principio che, quando è impegnato l'interesse dello

(120) A. de TOCQUEVILLE, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, «Oeuvres completes», tome V, II, Paris, Gallimard, 1958, p. 68-70.

(121) Ora in *Ecrits et discours politiques*, *Oeuvres complétes*, tome III, II, Paris, Gallimard, 1985, p. 168 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato, occorre che la pubblica amministrazione abbia un proprio giudice. Ma questo principio è falso: proprio quando sono in gioco interessi collettivi, occorre che vi sia un giudice imparziale e indipendente.

Più avanti, dal 16 febbraio 1845 in poi, Tocqueville scriverà quattro articoli, non firmati, nel «Commerce», sulla responsabilità dei funzionari, che toccano, però, anche la questione della doppia giurisdizione ([122]). Il diritto di procedere in via giudiziaria nei confronti dei funzionari pubblici, quando abusano del loro potere, è la libertà nel suo aspetto più concreto e pratico. La previsione dell'art.75 della Costituzione dell'anno VIII costringe a chiedere all'amministrazione stessa la riparazione di un abuso amministrativo. Dal 1827 al 1835 tutti i liberali hanno chiesto l'abrogazione dell'art. 75, perché l'amministrazione potesse diventare responsabile dei suoi atti.

Quanto alla doppia giurisdizione, Tocqueville afferma trattarsi di uno stato di cose mostruoso, perché quella amministrativa è una giurisdizione bastarda. Si tratti di una questione civile o di una penale, se intervengono interessi pubblici, diviene competente il Consiglio di Stato, che, però, non è né indipendente, né, in senso proprio, un giudice, perché dà solo un parere. Questo stato di cose detestabile — conclude — è contrario a tutti i principi liberali.

Più importante di tutti, è però, il rapporto di Tocqueville alla Accademia di scienze morali e politiche sul «Cours de droit administratif» di Macarel (1846) ([123]). L'importanza, per quanto stiamo scrivendo, è triplice. Innanzitutto, perché l'occasione nella quale Tocqueville esprime tutto il suo pensiero, in maniera organica, sul diritto amministrativo. In secondo luogo, perchè permette di smentire l'opinione di Dicey, seguita poi da altri, secondo la quale Tocqueville non avrebbe avuto una conoscenza approfondita del diritto amministrativo. In terzo luogo, perché stranamente Dicey non conosce questo scritto; se l'avesse letto, probabilmente non sarebbe mai pervenuto a conclusioni così critiche sul «droit administratif».

Napoleone — scrive Tocqueville — ha sottratto l'amministra-

([122]) Ora in *Ecrits* cit., p. 155 ss.

([123]) In *Oeuvres completes*, IX, *Etudes économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 63 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione al controllo dei cittadini, rendendo inviolabili i dipendenti pubblici: regola audace che si è cercato sempre di introdurre nelle monarchie assolute, ma che nessun despota aveva giammai osato scrivere in alcuna legge e che nessun paese al mondo ha ammesso come principio generale.

Quanto alla distinzione della giustizia in due tipi, quella ordinaria e quella amministrativa, questo è un principio che nessun paese libero e nessun popolo civilizzato ammetterà mai in termini generali ed assoluti. È ammissibile una giustizia amministrativa separata da quella ordinaria, ma per casi rari ed eccezionali. La regola generale deve essere quella che tutti i processi debbono andare al giudice che dà maggiori garanzie alle parti, qualunque siano le parti. È sbagliato trasformare una procedura bizzarra e pericolosa come quella davanti al Consiglio di Stato, dove il vero giudice è il principe, in una forma abituale e regolare di giustizia. Né è corretto parlare di «justice réservée», perché la prerogativa della Corona di modificare i pareri resi dal Consiglio di Stato è divenuta una finzione legale, perchè il governo non se n'è servito che una volta sola negli ultimi quaranta anni. Di qui la critica di Tocqueville a Macarel, colpevole di aver portato al livello dei principii lo sdoppiamento della giustizia in un ramo ordinario ed uno amministrativo.

Se, fino a questo punto, Tocqueville non fa che ripetere le sue critiche della garanzia dei funzionari e della doppia giurisdizione, dopo egli aggiunge alcune pagine di lode del diritto amministrativo, del quale auspica che possa perdere la componente autoritaria. Afferma, col solito sguardo lungimirante: si può prevedere che il nostro «droit administratif» diverrà gradualmente quello del mondo civilizzato, grazie alla sua conformità con le condizioni degli uomini del nostro tempo e al fatto che esso è il risultato necessario della rivoluzione sociale. Si può essere certi che, dovunque verranno aboliti i privilegi e introdotta l'eguaglianza, si vedrà nascere qualcosa di analogo al nostro diritto amministrativo. Il diritto amministrativo è, dunque, una delle forme dello stato nuovo del mondo: lo chiamiamo sistema francese, ma occorrerebbe dire sistema moderno. Il problema ancora aperto è quello di separare dal diritto amministrativo gli elementi illiberali: il sistema amministrativo francese è stato concepito per la libertà, ma è stato completato dal dispotismo. Per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui, in Inghilterra e in America, le due grandi nazioni libere che esistono oggi al mondo, nessuno adotterebbe il diritto amministrativo tutto intero, con le impronte lasciategli dalla mano possente di Napoleone.

Tocqueville tornerà ancora sulla giustizia amministrativa, in una conversazione con un inglese, dell'8 gennaio 1852 (124). Dice Tocqueville: vi sono ora tre procedure in Francia: quella giudiziaria, con la quale si è portati davanti a un giudice e, se il delitto è grave, si è condannati a 1 o 2 anni di prigione; quella militare, con la quale si è portati dinanzi a una corte marziale e fucilati; quella amministrativa, con la quale, senza nessun giudizio, si è portati in Caienna o ad Algeri.

Tocqueville e Dicey, il primo nella prima metà del secolo scorso, il secondo nella seconda, hanno contribuito come pochi alla definizione delle idee di fondo relative al diritto amministrativo. Li accomuna la fede liberale. Li differenziano almeno due tratti. Il primo guarda al futuro, il secondo al passato. Il primo è un osservatore impegnato ma spassionato, il secondo un difensore tenace, fin troppo tenace, delle opinioni che si è formato.

Smentita l'impressione, fondata sulla lettera del 1831 a Blosseville, che Tocqueville non conoscesse il diritto amministrativo, tre punti sono chiari. Il primo è che Tocqueville non reagiva soltanto alla concezione assolutistica del diritto amministrativo, ma riportava in Francia una reazione inglese, che doveva aver raccolto in molte delle sue conversazioni americane ed inglesi. Si sommavano un'esperienza diretta e un'opinione raccolta all'estero, in quegli stessi paesi nei quali l'anatema di Dicey prenderà piede, divenendo viva voce della Costituzione.

Il secondo punto è relativo all'opposizione tra l'apprezzamento di Tocqueville e la critica di Dicey per il «droit administratif». Tocqueville, pur criticandone gli aspetti dispotici, ne fa salva la base. Dicey, le cui idee si erano formate sui testi di Tocqueville (ma senza conoscere la relazione sul libro di Macarel), fa di tutta l'erba un

(124) *Correspondence and conversations of A.de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, edited by M.C.M. Simpson, 2 voll., London, King, 1872, II vol., p. 19-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fascio, ritiene il «droit administratif» prodotto e strumento di dispotismo, non utilizzabile in istituzioni liberali.

Il terzo punto riguarda la lettura diceyana di Tocqueville. Essa non solo è incompleta, ma manca di comprensione storica: basti ricordare che Dicey inizialmente (1885) accetta come riflessioni sul diritto positivo vigente in Francia scritti di Tocqueville precedenti nel tempo di circa quaranta anni. Farà, poi, come abbiamo visto, molte correzioni, ma conservando l'impostazione critica di fondo. Per cui può dirsi che, nel dialogo tra i due lati della Manica, c'è una sorta di lentezza di percezione, un ritardo, uno slittamento dei tempi.

Ma c'è di più. A Dicey sfuggirono i cambiamenti avvenuti nell'atteggiamento di Tocqueville, nel passaggio dal primo (1835) al secondo (1840) tomo della «Démocratie en Amerique». Nel primo vengono esaltati il popolo sovrano e l'esecutivo; nel secondo, viene esaltato il potere giudiziario. Nel primo Tocqueville apprezza la concentrazione dei poteri, nel secondo teme le sue conseguenze per la libertà dei cittadini. Nella seconda opera, quindi, Tocqueville teme l'affermarsi di un diritto diseguale, che attribuisca all'autorità prerogative e privilegi, e sostiene che, per contrastarlo, occorra, tra l'altro, il rafforzamento dell'indipendenza del potere giudiziario. Si trova qui il passaggio più acuto e critico di Tocqueville sulla giustizia amministrativa. Scrive Tocqueville: nelle nazioni democratiche d'Europa, che chiamiamo libere, così come nelle altre, a fianco dei tribunali, sono stati istituiti altri giudici, più dipendenti, per decidere sui conflitti tra amministrazioni pubbliche e cittadini.

Si dà indipendenza al potere giudiziario, ma se ne limita la giurisdizione, facendolo arbitro dei soli interessi privati. Il numero e le attribuzioni dei giudici amministrativi crescono sempre di più e il governo sfugge all'obbligo di far sanzionare da un altro potere le sue decisioni e i suoi diritti. Non può fare a meno di giudici, e, quindi, vuole sceglierli e controllarli.

Quindi, tra lo Stato e i cittadini v'è l'immagine della giustizia, non la giustizia stessa ([125]).

([125]) *De la Démocratie* cit., II tome, parte IV, cap.V, p. 315; più avanti, nel cap.VII, ricorderà quanto importanti siano l'indipendenza dei giudici e il rispetto delle forme e delle procedure. Su questo cambiamento, A.M. BATTISTA, *Tocqueville. Un tentativo di sintesi*, in *Trimestre*, 1985, A.XVIII, nn. 3-4, luglio — dicembre, p. 171 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se Vivien e Tocqueville contribuirono alla formazione delle idee di Dicey, il fondatore e direttore dell'«Ecole libre des sciences politiques», Emile Boutmy, contribuirà a rafforzare i convincimenti di Dicey.

Boutmy pubblicò nel 1885, nello stesso anno della prima edizione di «Law of the Constitution» un volume di «Etudes de droit constitutionnel - France - Angleterre - Etats Unis» (126). È interessante notare che la seconda edizione di questa opera (1888) venne tradotta in inglese da Elynor Mary Dicey, moglie di Albert Venn, e che lo stesso Dicey vi aggiunse una introduzione, nella quale, con parole di apprezzamento per l'opera, nota che uno straniero che conosca bene gli orientamenti di un paese che non è il proprio è in grado di fare un esame generale migliore di quello di chi guardi le istituzioni dall'interno.

Ora, anche in Boutmy è presente il motivo del carattere illiberale dell'amministrazione francese. Egli osserva (127) che i diritti degli individui sono garantiti dalle Costituzioni, ma vengono spesso cancellati dal potere amministrativo. L'esistenza e l'attività di una giustizia amministrativa nella quale lo Stato figura come giudice e come parte consente di subordinare l'interesse o le libertà privati al dispotismo dell'interesse pubblico. L'Inghilterra e il governo federale degli Stati Uniti — aggiunge Boutmy — sono sfuggiti a questo male.

Questa lunga analisi ha consentito di accertare che Dicey era debitore verso molti autori di molte delle sue idee: l'opposizione sistema dualistico francese — sistema unitario inglese, la critica della componente autoritaria del diritto amministrativo, le insufficienze della protezione del cittadino nel sistema a «droit administratif», sono tutte idee diffuse all'epoca.

Si deve dire, quindi, che egli manchi di originalità e che abbia soltanto svolto più organicamente la critica del «droit administratif»? Un giudizio è possibile soltanto se si compara Dicey con gli autori dei suoi tempi.

---

(126) Paris, Plon; due dei tre capitoli di questa opera, quelli relativi alla costituzione inglese e alla costituzione americana, erano stati pubblicati separatamente, nel 1878 e nel 1884.

(127) P. 258-259 della II ed.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tralasciamo, con una unica eccezione, gli autori di storia costituzionale, come May (128) e Stubbs (129), ai quali pure attinge molto Dicey: essi esaminavano la Costituzione soltanto dal punto di vista storico, e spesso facevano soltanto opere di erudizione.

L'eccezione è costituita da «The Constitutional History of England — a course of lectures delivered» di Frederic William Maitland (1850-1906) (130). Si tratta di un corso di lezioni, pubblicato postumo, che va segnalato per due motivi: in primo luogo, perché le lezioni vennero scritte nel 1887-1888, tre anni dopo la pubblicazione del libro di Dicey; in secondo luogo, perché, mentre metà del libro ha carattere storico, la seconda metà presenta «a sketch of public law at the present day — 1887-1888». Maitland organizza l'esposizione nel modo seguente: il corpo sovrano (Corona e due assemblee), struttura, poteri e funzionamento; la Corona e il governo; poteri della Corona; il sistema fiscale; il sistema militare; l'amministrazione della giustizia; il sistema della polizia; gli affari sociali e il governo locale; la Chiesa; la definizione del diritto costituzionale. Se l'esposizione tocca un maggior numero di argomenti (si noti che Dicey non tratta, ad esempio, il tema del governo locale), essa, però, è pedante e non consente di comprendere quali siano le idee portanti della Costituzione inglese e ciò che la differenzia da quella di altri paesi.

Lo stesso deve dirsi di un'altra opera, «The Law and Custom of the Constitution», in ben tre volumi (131), di un collega ed amico di Dicey, insegnante e poi «Warden» dell'«All Souls College», dove anche Dicey insegnò, William R. Anson (1843-1914).

L'Anson stesso, che pubblica il suo lavoro solo un anno dopo quello del suo collega, dichiara, nella prefazione, di Dicey: «he has done the work of an artist; I have tried to do the work of a

(128) T.E. May, *The constitutional history of England since the accession of George the Third — 1760-1860*, London, Longmans, 1861, che è un esempio di storia politica.

(129) W. Stubbs, *The Constitutional History of England in its origin and development*, Oxford, Clarendon, 1873, 3 voll., che peraltro giunge solo fino al 1400, esempio di storia erudita; si veda, peraltro, il cap.XVII, vol II, p.535, su «royal prerogative e parliamentary authority».

(130) Cambridge University Press, 1908, più volte ristampate.

(131) Oxford, Clarendon, 1886.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

surveyor». L'opera di Anson esamina con grande ricchezza di particolari il funzionamento della Costituzione. Del Parlamento egli mostra lo sviluppo storico, la composizione delle due camere e la scelta dei loro componenti, il procedimento legislativo, la posizione della Corona in Parlamento, i conflitti con l'esecutivo, la posizione dei «Law Lords». Passa, poi, alla Corona, di cui esamina le prerogative e, poi, la struttura (consigli della Corona, Gabinetto, ministeri, Tesoro, ammiragliato, altri uffici, impiego pubblico), i poteri normativi e i diritti dei cittadini. Poi, Anson passa ad esaminare i domini e le dipendenze della Corona, includendovi Scozia, Galles, Irlanda, governo locale, colonie, dominii, protettorati, mandati, ecc. Infine, passa ad esaminare l'entrata e la spesa dello Stato, la difesa, i rapporti con la Chiesa e l'amministrazione della giustizia.

Diverso il giudizio su «The English Constitution», del 1867 (132), scritto da un giornalista di talento, Walter Bagehot (1826-1877) e citato con molti apprezzamenti da Dicey. Anche uno sguardo rapido consente di notare che quest'opera così piena di perspicacia e di intelligenza, mentre fornisce un'immagine concreta del governo inglese dal vivo, non è mossa da preoccupazioni sistematiche, né intende abbracciare l'intera Costituzione. Il vero problema di Bagehot è di stabilire come è distribuito il potere. Per questo motivo, il suo libro comincia con il gabinetto, passa ad esaminare la Corona e le due camere, esamina i rapporti tra Parlamento e governo, e ritorna a parlare del gabinetto. A conclusione di questa analisi, Bagehot giunge alla ben nota conclusione che occorre distinguere le parti ornamentali, o teatrali,che servono soltanto a dare fiducia e senso dell'unità nazionale, da quelle effettive della Costituzione, che servono a governare, legiferare ed amministrare. La Corona e la «House of Lords» fanno parte delle prime. L'«House of Commons» fa parte delle seconde, anche se ha alcuni elementi propri delle prime.

Essa non legifera né amministra, ma sceglie e controlla un ristretto numero di amministratori. Questi (il gabinetto) costituiscono il centro del sistema. Non è vero — scrive Bagehot — che i poteri sono divisi e che vi sono «checks and balances». È vero,

(132) Ora London, Fontana, 1963; il volume era stato precedentemente pubblicato in forma di articoli separati.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

invece, che vi è una unione strettissima tra potere legislativo e potere esecutivo, che costituisce il segreto della Costituzione inglese, e si mantiene grazie al sistema dei partiti, al potere di dissoluzione del Parlamento, alla preminenza del primo ministro, alla responsabilità collettiva dei ministri e al principio del segreto sugli affari del gabinetto. Il problema del diritto applicabile all'amministrazione non viene neppure in evidenza. Anzi, al potere esecutivo in senso proprio, in quanto separato da quello governativo, Bagehot non fa che rapidi accenni, e solo per sottolineare che gli inglesi non amano l'esecutivo e che il loro impulso naturale è di resistere all'autorità. Mentre per il giurista Dicey garante ultimo della costituzione e della libertà è il sistema giudiziario, per Bagehot esso è il corpo politico.

Questa analisi non può terminare senza segnalare un singolare «errore» di Dicey: egli afferma che l'espressione «administrative law» è sconosciuta al diritto inglese. In realtà, essa è adoperata da John Austin (1790-1859) nelle «Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law» (133), che ne dà persino una definizione. E da Thomas Erskine Holland, in «The Elements of Jurisprudence» (134), il quale non solo definisce il diritto amministrativo come l'analisi dei modi in cui i diversi uffici dello Stato sono posti in azione, ma lo compara con il «Verwaltungsrecht», pur ammettendo che esso in Inghilterra non ha un coerente corpo di dottrine. E si noti che Dicey conosceva molto bene l'una e l'altra opera, perché sulla prima si era formato (135) e della seconda, scritta da un suo collega all'«All Soùls», aveva recensito la prima edizione.

Lo stesso Maitland adopera l'espressione diritto amministrativo nell'opera citata (136), dove, però, dopo aver appena finito di esaminare il pensiero di Austin e di Holland, ed aver notato che è diventato sempre più importante il «subordinate government», aggiunge: «we shall look in vain for any such term as administrative law in our orthodox english text-books». Tiriamo le fila. Se il libro

(133) Cit., I vol., p. 73.

(134) Oxford, Clarendon, 1880, p.107, 275, 279-282.

(135) R.A. Cosgrove, *The Rule of Law — Albert Venn Dicey, Victorian Jurist,* University of North Carolina Press, 1980, p. 23-28.

(136) P. 535.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Dicey rappresenta il precipitato di idee, sentimenti, pregiudizi correnti verso la metà dell'Ottocento, esso si distacca nettamente rispetto a tutte le opere contemporanee. Dicey è riuscito là dove gli altri hanno fallito. In primo luogo, sa ordinare la materia, selezionare i temi rilevanti, costruire un robusto sistema di principii, trarne un insieme di corollari, spogliare gli argomenti degli elementi minori. In secondo luogo, ha un'attenzione comparativa che gli consente di comprendere i caratteri differenziali, di porli in luce, di analizzarli e, alla fine, di farli diventare parte integrante della «costruzione» alla quale attende. In terzo luogo, si rende conto della trasformazione del potere amministrativo, destinato a diventare un potere autonomo rispetto al governo. La linea che Dicey traccia a partire dalla sovranità parlamentare, verso il regno della legge, la sua puntigliosa difesa del potere parlamentare contro le prerogative dell'esecutivo, conducono diritto al riconoscimento di un corpo separato, ma sottoposto alla legge, l'amministrazione.

Nonostante i suoi pregiudizi e i suoi «errori», o, forse, a causa di questi, Dicey è un nostro contemporaneo: i suoi «errori» sono ormai chiari; le sue passioni superate; la sua costruzione datata. Ma tutti e tre questi elementi stanno ancora nel nostro orizzonte problematico.

6. *Ma Dicey aveva ragione? Le reazioni a Dicey. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana.*

Dicey — l'abbiamo notato — aveva avuto molte difficoltà ad intendere il «droit administratif». Tali difficoltà nascevano dall'incompleta conoscenza delle istituzioni francesi, ma, principalmente, dalla mancanza di una prospettiva storica. Per cui egli, nel 1885, riteneva vigenti istituzioni alle quali, in modi diversi, avevano mosso le loro critiche, almeno trenta anni prima, Vivien e Tocqueville e che erano, nel frattempo, cambiate ([137]).

([137]) Sulla questione dell'interpretazione diceyiana del «droit administratif», in termini critici, Edmund M. PARKER, *State and Official Liability*, in *Harvard Law Review*, 1905 — 1906, vol. 19, p. 339 ss; I. JENNINGS, *Report on Ministers'Powers*, in *Public Administration*, 1932, vol. 10, p. 343; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, Univ. of London Press, 1933, p. 232; a difesa di Dicey, F.H. LAWSON, *Dicey*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ma ora interessa sapere se il rendiconto che egli faceva delle istituzioni inglesi era corretto, o se, invece, errori di prospettiva storica, cultura o passioni politiche lo portassero a sopravvalutare taluni aspetti a danno di altri o a tralasciarne altri ancora.

L'analisi che segue muoverà dalle reazioni a Dicey per, poi, passare ad un rapido esame dell'amministrazione e del diritto amministrativo, quali si presentavano in Inghilterra nel penultimo decennio del secolo scorso.

Le reazioni a Dicey non interessano tanto per uno studio della «fortuna» del nostro autore, quanto quali testimonianze di un diverso punto di vista. Di tali reazioni non interessano, qui, altri due aspetti. I critici di Dicey discussero, sulla sua scia, la questione della bontà comparativa dei due sistemi, quello inglese e quello francese. E si chiesero insistentemente se le conclusioni di Dicey fossero ancora valide. La prima questione era intrinsecamente falsa, perché accettava la rigida contrapposizione diceyiana tra «droit administratif» e «common law». La seconda questione è legata ad un certo astoricismo della cultura legale inglese, che tende a rendere eterna l'autorità della dottrina, per cui, ancor oggi, a più di un secolo di distanza, dopo almeno uno o due cambiamenti della Costituzione inglese, si continua a verificare la corrispondenza dei «dicta» di Dicey al diritto positivo.

Le reazioni a Dicey, di cui parliamo, si collocano in tutta la prima metà del secolo, con una particolare enfasi negli anni '30. Per cui è singolare che Dicey, mentre, grazie alla traduzione francese del 1902, acquista popolarità ed autorevolezza sul continente, raggiungendo la sua massima diffusione negli anni '30, nella cultura anglosassone, su ambedue i lati dell'Oceano, proprio negli stessi anni, era oggetto delle critiche più dure. E solo pochissimi dei suoi estimatori continentali — come abbiamo visto all'inizio — conoscono le critiche di cui è fatto oggetto.

Le reazioni a Dicey vengono da due gruppi. Il primo, in ordine

---

Revisited I-II, in *Political Studies*, 1959, vol VII, n. 2 e n. 3, p. 116 ss; si consideri, in particolare, che, contrariamente a quanto sosteneva Dicey, il giudice ordinario francese interveniva nei confronti dell'amministrazione pubblica sia quando i funzionari non agivano nella loro veste ufficiale, sia quando lo Stato operava nell'esercizio della sua capacità privata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di tempo, è il gruppo degli studiosi americani. Il secondo è quello della «London School of Economics and Political Science». Prima di considerare tali gruppi, va però menzionato nuovamente F.W. Maitland. Lo studioso di Cambridge, nelle sue lezioni su «The Constitutional History of England», tenute nel 1887-1888, due anni dopo l'apparizione di «Law of the Constitution», ma pubblicate postume, solo nel 1908, esprimeva un'opinione contraria a quella che era diventata, nel frattempo, grazie all'influenza di Dicey, l'opinione ortodossa. Egli ammetteva tranquillamente che esistesse un diritto amministrativo in Inghilterra, criticava chi parlava ancora di poteri della Corona e affermava che occorreva riconoscere che i poteri esecutivi erano propri dei ministri e che sopravviveva un largo e, in qualche modo, indefinito potere esecutivo (la prerogativa) (138).

Al gruppo dei critici americani appartengono Frank J. Goodnow, Edmund M. Parker, Felix Frankfurter e James W. Garner. È il primo, un grande giurista ingiustamente dimenticato, autore di un poderoso «Comparative Administrative Law», che abbraccia amministrazione centrale e locale americana, inglese, francese e tedesca (139) ad aprire per primo il fuoco su Dicey. Egli dà a Dicey del visionario, perché afferma che Dicey non intendeva smentire l'esistenza di un diritto amministrativo nel senso continentale del termine, ma semplicemente la sua concezione del «droit administratif», che era, però, una concezione sbagliata. E aggiunge che l'incapacità di riconoscere l'esistenza del diritto amministrativo è dovuta solo ad un difetto di analisi. Un diritto amministrativo — aggiunge — non solo è sempre esistito in Inghilterra, ma ha esercitato sul sistema politico inglese una influenza ben maggiore di altri rami del diritto. Il termine diritto amministrativo, di origine francese recente, è ormai entrato nel vocabolario scientifico ed è accettato dai maggiori studiosi (140).

Se la critica di Goodnow era soltanto la premessa di un'ampia analisi che costituisce, nel suo insieme, una smentita delle tesi di

(138) Cambridge Univ. Press, 1908, p. 415-421.
(139) Putnam, New York, I ed. 1893; II ed. 1902.
(140) F.J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, cit., p. 6-7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dicey, quella di Parker (141) è una violenta stroncatura delle principali tesi di Dicey, al quale viene imputato di non conoscere il diritto del suo paese e di aver volutamente esposto tesi erronee e contraddittorie. Gli farà eco, trenta anni dopo, Frankfurter (142), secondo il quale le tesi di Dicey sono l'esempio di un errore sociologico e scientifico che sopravvive attraverso la bellezza dello stile e il richiamo estetico di generalizzazioni magnifiche e semplici, allo stesso tempo. Segue Garner (143), secondo il quale Dicey aveva esagerato la differenza tra i due sistemi, quello francese e quello inglese; le sue conclusioni — aggiunge — sono fondate su conoscenze insufficienti e su una falsa concezione delle vere caratteristiche della giustizia amministrativa francese. E conclude rovesciando il paragone di Dicey e sostenendo che il sistema anglosassone ha più difetti di quello francese.

Il secondo gruppo, quello londinese, costituito, in prevalenza, da laburisti che sono a stretto contatto e le cui opere costituiscono uno stimolo reciproco (144): Harold J.Laski (1893-1950), G.H. Morgan, Ivor Jennings (1903-1965), William A. Robson (1895-1980).

Il primo a criticare Dicey è uno degli ultimi suoi allievi oxoniensi, Laski, il quale, in un articolo giovanile su «The responsibility of the State in England» (145), fa il controcanto a Dicey e mostra quanto migliore sia il sistema francese rispetto al principio della irresponsabilità della Corona inglese. Poi, in un libro dello stesso anno su «Authority in the Modern State» (146), afferma di dover molto a Dicey, nonostante o, forse, proprio a causa della diversità

(141) *State and Official Liability*, in *Harvard Law Review*, 1905-1906, vol. 19, p. 335 ss.

(142) «Foreword» a *Courts and Administrative law — The Experience of English Housing Legislation*, in *Harvard Law Review*, 1935-1936, vol. 49, p. 426.

(143) *La justice administrative en France et aux Etats-Unis*, Institut des Etudes americaines, Paris, 1938, p. 7.

(144) Come sostiene W.A. Robson, nella biografia di Jennings, in *Dictionary of National Biography 1961-1970*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1981, «ad vocem».

(145) In *Harvard Law Review*, 1919, vol. 32, march, n. 5, p. 447 ss., poi ripubblicato in un volume dello stesso autore su *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, London, Allen and Unwin, 1919, p. 103 ss.

(146) New Haven, Yale Univ. Press, p. IX e p. 99 e 119.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei punti di vista, e critica l'irresponsabilità dello Stato come un privilegio dello Stato inglese, che quello francese non ha. L'autore ritornerà, in modo più sistematico, sulle tesi di Dicey nell'articolo su «Le règne de la loi en Angleterre» (147), in cui sostiene che lo stato delle cose in Inghilterra è insostenibile, e richiede una riforma.

Tra il 1925 e il 1933 le critiche a Dicey divengono più frequenti, specialmente in corrispondenza con la pubblicazione del violento scritto contro il diritto amministrativo di Lord Hewart of Bury, «The New Despotism» (che contrapponeva con forza ancor maggiore di Dicey il regno della legge al diritto amministrativo, affermando persino con soddisfazione che in Inghilterra non c'era un nome per esso) (148) e con l'inizio e le conclusioni (rispettivamente, 1929 e 1932) del «Donoughmore Committee on Ministers' Powers» (149). Un professore della scuola londinese, J.H.Morgan, in una lunghissima introduzione, su «Remedy against the Crown», a un saggio di un suo allievo (150), critica Dicey e il principio dell'immunità della Corona e sostiene che il diritto pubblico è penetrato in Inghilterra negli interstizi del diritto privato. Un altro professore della stessa scuola, il Robson, influenzato dai Webb e legato alla «Fabian Society», dedica, nel 1928, un libro a «Justice and Administrative Law — A Study of The British Constitution» (151), in cui illustra la crescita di organi amministrativi semicontenziosi («administrative tribunals») e propugna l'introduzione in Inghilterra di un sistema di giustizia amministrativa. Nel 1929, un allievo di Laski, Frederik J. Port, si cimenta, per la prima volta, col compito di produrre un'analisi complessiva dell'«Administrative Law» inglese (152), comparato con quello francese e quello americano, e spezza anche lui una lancia a favore della introduzione di giudici amministrativi. Nel 1932, sia Jennings, sia Robson commentano le conclusioni del

(147) In *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1930, Paris, Presses Universitarires, p. 711 ss.

(148) London, Benn, 1929.

(149) *Report*, London, HMSO, 1932, Cmnd 4060; si noti che Laski fece parte della Commissione e che Robson vi presentò un contributo.

(150) Gleeson E. Robinson, *Public Authorities and Legal Liability*, London, Univ. of London Press, 1925, p. V-CX.

(151) London, Stevens, II ediz. 1947.

(152) London, Longmans Green, 1929.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«Donoughmore Committee» (153) e colgono l'occasione per passare in rassegna tutti i lati deboli della costruzione diceyiana del regno della legge e ripresentare la proposta di introduzione di un sistema di giustizia amministrativa in Inghilterra. Questa fase si chiude con il libro di Jennings, che fin dal titolo («The Law and the Constitution»), ricorda Dicey (154).

Tutti gli studiosi citati non si limitarono a criticare le valutazioni e le proposte di Dicey. Essi misero in discussione anche la sua interpretazione della realtà del diritto del suo tempo, e persino la sua capacità di comprenderla.

Non sempre, però, i critici colsero nel segno. Nel desiderio di dichiarare chiusa l'età di Dicey, non considerarono con cura gli argomenti (155) e posero a carico di Dicey anche argomenti che egli aveva considerato, distinguendo e rispondendo, come al suo solito.

Due, principalmente, i punti deboli dei critici. Da una parte, essi sostengono che la tesi di Dicey cozza contro l'evidente aumento dei poteri della pubblica amministrazione. Ma Dicey aveva considerato questo argomento, rispondendo che non importa che i poteri siano più o meno; essi possono aumentare o diminuire; ciò che conta è che vengano esercitati secondo i principi dell'«ordinary common law» (156). Anzi, va osservato, a difesa di Dicey, che egli aveva colto lo sviluppo in termini quantitativi delle funzioni statali a partire dal 1834, nel «Law of the Constitution» (ad esempio, nei passaggi nei quali fa riferimento alla legislazione sul lavoro nelle industrie e sul trasporto passaggeri per nave), e ancor più nel «Law and Public Opinion», mentre i suoi oppositori registrano solo la continuazione del fenomeno nel periodo 1880-1930.

I critici imputano, poi, a Dicey di non aver considerato che il principio per cui «the King can do no wrong» conferisce un privilegio all'esecutivo, un privilegio ancor peggiore di quelli del-

(153) Del primo, *The Report on Ministers' Powers*, in *Public Administration*, 1932, vol. 10, p. 333 ss.; del secondo, *The Report of the Committee on Ministers Powers*, in *Political Quarterly*, 1932, vol. 3, p. 346 ss.

(154) London, Univ. of London Press, 1933; V e definitiva ediz. del 1959.

(155) Quando non si sbagliarono persino sulla datazione dell'opera di Dicey, come ROBSON, nel volume su *Justice and Administrative Law*, p. 26 della edizione del 1947.

(156) *Law of the Constitution*, cit., p. 387.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'amministrazione francese. Si tratta di un argomento che qui non interessa, perché attiene alla comparazione dello sviluppo dei due sistemi, mentre qui ci si chiede se Dicey dava un resoconto corretto del diritto inglese del suo tempo. Ma può essere egualmente interessante notare che Dicey aveva già rovesciato l'argomento dei suoi critici, notando che il diritto di ottenere il risarcimento del danno compiuto dai dipendenti pubblici a carico dello Stato (considerato dai suoi critici un modo più effettivo di risarcire il danno) costitutiva una ulteriore forma di protezione per i dipendenti (157).

Ma Dicey non sfugge ad almeno tre critiche. La prima è quella di non aver considerato che l'allargamento dei compiti statali aveva prodotto l'attribuzione all'amministrazione pubblica di poteri speciali, e talora anche di regole procedurali, diversi da quelli che si applicano tra privati. Non trovano equivalenti nel diritto privato i poteri di espropriare, di dichiarare un bene contrario alle prescrizioni sanitarie, di consentire di costruire nella proprietà privata solo entro un certo limite, di obbligare a pavimentare una strada privata, di raccogliere imposte, ecc. Vi è, quindi, — sostengono i critici di Dicey — un corpo di leggi che conferisce all'amministrazione non solo compiti nuovi e molto più ampi, che comportano scelte discrezionali, ma anche un insieme di poteri speciali, che sono attribuiti all'amministrazione e non ai privati e che costituiscono il fondamento di un diritto, il diritto pubblico, diverso da quello privato.

In secondo luogo, viene addebitato a Dicey di non aver considerato che l'immunità della Corona, con l'allargamento delle funzioni, acquista un peso nuovo. Essa va a coprire una moltitudine di peccati. I dipendenti sono vittime vicarie di uno Stato che si nasconde dietro una prerogativa. A loro volta, i privati che sono stati danneggiati trovano ben poca soddisfazione nel proporre azione per risarcimento del danno contro dipendenti pubblici che sono impiegati e non — come una volta — funzionari onorari, volontari e con ricchi patrimoni. Il «Petition of Right» costituisce una mitigazione molto approssimativa di questo stato di cose. Da un lato, infatti, esso è solo un ricorso amministrativo all'«Home Secretary», che decide,

(157) *Law of the Constitution* cit., p. 404.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sentito l'«Attorney-General», se l'azione di risarcimento può essere proposta al giudice.

Dall'altro, esso è ammesso solo per i casi di responsabilità contrattuale.

Inoltre, come può affermarsi che privati e pubblica amministrazione sono posti su uno stesso piano, se un privato che abbia ricevuto danno da un altro privato può proporre azione di risarcimento sia nei confronti di chi ha prodotto il danno, sia nei confronti del suo datore di lavoro, o del proprietario del bene col quale il danno è stato prodotto, mentre un privato che abbia ricevuto un danno da un funzionario pubblico può rivalersi solo nei confronti di quest'ultimo?

In terzo luogo, Dicey viene criticato per non aver notato o per non aver messo in risalto una serie di differenze nel trattamento riservato all'amministrazione nei confronti del privato. Si tratta del «Public Authorities Protection Act» del 1893, che stabilisce un termine di sei mesi per l'azione nei confronti della pubblica amministrazione e penalizza chi, avendo ricorso, è rimasto soccombente. Ma, principalmente, di una ipotesi non considerata da Dicey, preoccupato della immunità o sottrazione stabile e permanente dei funzionari al controllo dei giudici: quella dell'esclusione dell'impugnativa, limitata a taluni atti. Ora, i critici ricordavano che vi erano leggi, come quelle sulla polizia, sul fisco, sul trasporto navale di merci e sui poveri, che dichiaravano gli atti amministrativi «final and conclusive as to the rights of the parties», conferendo, così, all'amministrazione pubblica, poteri senza possibilità di impugnazione. A queste leggi si aggiungeva la prassi giudiziaria, che, per il rispetto di antiche dottrine, come quella della «nonfeasance» (per cui l'autorità pubblica non è responsabile per danni in caso di sua inerzia), o per riguardo alle funzioni amministrative maggiori (quelle, ad esempio, dei ministri, i cui atti non venivano sottoposti a sindacato giudiziario quando questo impedisse lo svolgimento degli affari pubblici), o per rispetto a direttive pubbliche, considerate legittime (come nel caso del funzionario che abbia seguito istruzioni legittime «on their face», che non viene, così, chiamato a rispondere personalmente per danni) escludeva intere categorie di atti amministrativi dal controllo giudiziario.

I critici di Dicey giungevano, quindi, alla conclusione che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esisteva già nell'ultima parte dell'800 un corpo di diritto che metteva la pubblica amministrazione in una posizione speciale, a danno dei cittadini. Che questo diritto amministrativo non sempre finiva davanti ai giudici, essendo il loro controllo precluso. E che, di conseguenza, il problema non era se esistesse o meno un diritto amministrativo, ma se si riuscisse a padroneggiarlo in tutta la sua estensione. Cadevano, così, i due fondamenti su cui Dicey aveva costruito l'opposizione «droit administratif» - «Rule of Law»: eguaglianza dei privati e della pubblica amministrazione e controllo dei giudici ordinari.

Abbiamo esaminato finora l'amministrazione pubblica e il diritto amministrativo del penultimo decennio del secolo scorso con gli occhiali dei critici americani ed inglesi di Dicey, che scrivevano nei primi quattro decenni di questo secolo (158).

Anch'essi, però, potevano sbagliarsi, nel valutare la situazione di un quindicennio o un trentennio prima e nel concludere che Dicey aveva sbagliato. Per cui conviene, ora, passare in esame alcuni punti significativi dell'amministrazione vittoriana, per fare una verifica diretta. S'intende che quella che segue non vuol essere un'analisi dell'amministrazione pubblica o una sintesi del diritto amministrativo dell'Inghilterra della seconda metà del XIX secolo, bensì solo un accertamento su alcuni indicatori significativi per la verifica del ragionamento di Dicey. Questi indicatori possono essere raggruppati in tre categorie: organizzazione e posizione costituzionale delle amministrazioni pubbliche dell'Inghilterra vittoriana; poteri di tali

(158) Altre critiche Dicey ebbe a cavallo della seconda guerra mondiale, sia negli Stati Uniti, sia in Inghilterra: F. FRANKFURTER, *Foreword*, in *Discussion of Current Developments in Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 1938, vol. 47, p. 515; C. T. CARR, *Concerning English Administrative Law*, London, Oxford Univ. Press, 1941, p. 22 e 124 ss; M.A. SIEGHART, *Government by Decree — A Comparative Study of the History of the Ordinance in English and French Law*, London, Stevens, 1950, p. XI, 52, 69, 145, 244, 313; W.A. ROBSON, *Administrative Law in England, 1919-1948*, in VV.AA., *British Government since 1918*, London, Allen and Unwin, 1950, p. 85 ss.; W.A. ROBSON, *Administrative Law*, in M. GINSBERG (a cura di), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, Stevens, 1959, p. 193. Seguiranno, nel 1985-1986, le cinque raccolte di scritti destinate a ricordare il centenario della pubblicazione di *Law of the Constitution*, già citate.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

amministrazioni e modi in cui vengono esercitati; estensione del sindacato giudiziario su tali amministrazioni.

L'Inghilterra aveva, nel 1832, poco più di 20 mila impiegati in uffici pubblici. Essi diventeranno circa 40 mila nel 1851 e possono esser stimati in più di 100 mila nel 1871 (159). Che cosa è accaduto in questo arco di tempo e perché? Incatenati al loro lavoro, che consiste nel trascinare piccoli veicoli carichi di carbone attraverso stretti passaggi sotterranei, nei quali sono costretti a camminare sulle mani e sulle ginocchia, con i vestiti inzuppati d'acqua, bambini anche di otto anni lavorano nelle miniere per tredici, quattordici e talora anche quindici ore al giorno: così li descrive nel 1842 il vescovo di Norwich (160). L'emigrazione, che portò circa sette milioni di irlandesi e di inglesi negli Stati Uniti nell'800, e specialmente negli anni dal 1830 al 1872, si svolgeva in condizioni penose: l'emigrante, per lo più poco istruito, veniva privato dei suoi averi con raggiri e caricato su navi prive di ogni conforto, senza cibo, senza servizi igienici, con pochissimo spazio, sovraffollate.

Per far fronte a problemi sociali di questo tipo, con apposite leggi, nel periodo tra il 1833 (dopo il primo allargamento del suffragio) e la fine del secolo, vennero istituiti circa venti uffici pubblici centrali, per lo più con diramazioni periferiche, chiamati Ispettorati o Commissioni: per l'industria (1833), per il commercio (1835), per le ferrovie (1840), per l'educazione (1840), per le miniere (1842), per la sanità (1848), per la marina mercantile (1848), per la sicurezza delle navi (1854), per la polizia (1856), per il gas (1859), per gli alkali (1863), per gli esplosivi (1875), per il controllo degli edifici (1875), per la protezione degli animali (1876), per gli scarichi nei fiumi (1876), per le piante ed i semi (1877), per la sicurezza degli impianti elettrici (1882), per l'approvvigionamento alimentare delle

---

(159) N. Chester, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford, Clarendon, 1981, p. 167-168.

(160) Cit. in O. Mac Donagh, *Coal Mines Regulation: the First Decade: 1842-1852*, in R. Robson, a cura di, *Ideas and Institutions of Victorian Britain*, London, Bell, 1967, p.59; altri dati sulle terribili condizioni di lavoro e sullo sfruttamento dei minori in O. Mac Donagh, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 30-31, 71, 93.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

navi (1892); Commissioni vennero istituite in settori quali le opere pubbliche, le fogne, le «enclosures», ecc. (161).

Questi uffici (che non esaurivano certo l'organizzazione amministrativa dell'epoca (162), ma ne costituivano la novità più importante) non vennero istituiti secondo un modello uniforme, per cui non si può dire che si rassomigliassero. Tuttavia, essi avevano in comune una caratteristica: di non essere inquadrati in un apparato ministeriale centrale e di non dipendere da un ministro — anche se, in momenti diversi, quasi tutti hanno finito per essere assorbiti in una struttura ministeriale —. Oltre ad essere organismi semindipendenti dal governo, questi organismi non avevano neppure un chiaro rapporto col Parlamento: istituiti da quest'ultimo, non si poteva dire che fossero responsabili verso di esso, anche se rispondevano ad esso (163). Insomma, questi nuovi uffici erano, in qualche modo, terra di nessuno. Ciò che si spiega col tentativo di tenerli lontani dalla politica e dai partiti (164).

Ispettorati e Commissioni non avevano sempre propri uffici territoriali, per cui dovevano valersi di quelli degli enti locali (per esempio, la «Poor Law Commission» si valeva dei «Local Boards of Guardians»). Questa scelta fu, in certo modo, voluta, per il tradizionale rispetto del «local government» e per timore dell'organizza-

---

(161) Le commissioni non sopravvissero e trovarono nuova fortuna negli Stati Uniti, a partire dalla fine del secolo scorso; un quadro attuale degli ispettorati, che, invece, hanno continuato ad operare, con indicazione delle origine storiche, in G. RHODES, *Inspectorates in British Government — Law Enforcement and Standards of Efficiency*, London, Allen and Unwin, 1981; sull'importanza di uno di questi corpi per lo sviluppo del governo e dell'amministrazione, H. PARRIS, *Government and the Railways in Nineteenth Century Britain*, London, Routledge and Kegan, 1965, p. 202 ss; si noti che leggi per alleviare problemi sociali non meno importanti erano state adottate, in precedenza, ma senza dotarle di uffici chiamati ad amministrarle: ad esempio, quella del 1788 sui «climbing boys» o spazzacamini, quella del 1802 sul lavoro minorile nell'industria tessile, quella del 1807 sul commercio del carbone nel porto di Londra.

(162) Un quadro completo in D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale Univ. Press, 1960, p. 12 e seguenti e in N. CHESTER, *The English Administrative System* cit., p. 221 ss.

(163) O. MAC DONAGH, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 107.

(164) D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State* cit., p. 133.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di tipo napoleonico (165). Ciò complicava l'attività degli organi centrali, i quali non erano sicuri dell'attuazione delle loro decisioni.

Peraltro, quando questo accadeva, gli organi centrali avevano la possibilità di giudicare ricorsi contro le decisioni degli uffici periferici, nei confronti dei quali, quindi, operavano quasi come giudici (si consideri che, nel 1833, dei diversi uffici centrali solo le Corti reali avevano un controllo sul governo locale, in quanto giudici di pace e amministratori locali erano responsabili rispetto ad esse (166)). Questo potere di decisione produceva due effetti. Da una parte, portava a una certa centralizzazione, in quanto gli uffici periferici sapevano di doversi attenere alle decisioni centrali; in caso di difformità, infatti, potevano intervenire gli uffici centrali, sia pure in funzione di controllo su ricorso. Dall'altra, dava un motivo in più per quella esclusione dell'impugnativa giurisdizionale che vedremo tra poco, in quanto si poteva ragionevolmente dire che vi era stato un riesame della questione, sia pur non in sede giurisdizionale (167).

Questi uffici erano dotati di una ricca panoplia di poteri: di ispezione, di inchiesta, di ordinare l'esibizione di documenti e la comparizione di testimoni, di verificare il rispetto di «standards», di dare e revocare autorizzazioni, di erogare finanziamenti, di dare prestiti, di proibizione, di ingiunzione, di ammonizione, di annullamento di atti, di risolvere conflitti tra amministrazioni locali, ecc. In alcuni casi di fatto, in altri in base alla legge istitutiva, questi uffici potevano anche determinare «standards» o adottare atti amministrativi generali, come i «Requirements» del «Board of Trade» (168). Si può, quindi, condividere la tesi che esistesse già, quando Dicey scriveva, una macchina con una ricca tecnologia amministrativa (169).

---

(165) O. Mac Donagh, *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977, p. 108.

(166) D. Roberts, *Victorian Origins of the Welfare State* cit., p. 17.

(167) W.A. Robson, *Justice and Administrative Law*, cit, p. 324-325 e 329.

(168) H. Parris, *Constitutional Bureaucracy* cit., p. 194.

(169) H.W. Arthurs, *Without the Law — Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, Univ. of Toronto Press, 1985; dello stesso autore, *Rethinking Administrative Law: a slightly Dicey Business*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 1979, vol. 17, n. 1, p. 1 ss.: in questo scritto, in particolare, una critica della «rule of law» e delle molte contraddizioni di Dicey in proposito (si veda, in particolare, p. 17).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questa tecnologia si era sviluppata in maniera irregolare, in un processo di tentativi successivi, e senza particolari connessioni da settore a settore. Ma, nel complesso, si era radicata in un arco di tempo relativamente ristretto, sotto la pressione delle circostanze. Si pensi, per fare solo un esempio, alle frequenti evasioni e agli altrettanti frequenti aggiramenti dell'obbligo di esibire un certificato di nascita (170), per controllare l'uso di manodopera giovanile nelle industrie; ciò costrinse gli ispettori a ricorrere ad ispezioni personali dei giovani, per le quali, alla fine, si fece ricorso alla verifica dello sviluppo dei denti come mezzo per accertare l'età (171).

A questi nuovi uffici pubblici, però, era, in generale, impedito di eseguire coattivamente le decisioni, in caso di mancato adempimento volontario, o di irrogare sanzioni (172). In alcune ipotesi, ma per brevi periodi di tempo (ad esempio, gli ispettori previsti dal «Factory Act» del 1833, ma solo fino al 1844 (173)), le leggi istitutive riconobbero un tale potere, sia pur ricorrendo all'artificio di attribuire poteri di «magistrates» ai titolari degli uffici. In altri casi, come quello della legislazione sui poveri, i proponenti — ad esempio, Edwin Chadwick, che sarà, come vedremo, anche sostenitore della esclusione delle decisioni degli ispettori dal sindacato giudiziario — sostennero che gli ispettori dovessero avere poteri giudiziari di esecuzione; ma la proposta venne respinta in sede parlamentare. Il Parlamento fu particolarmente parco nell'attribuire poteri generali

(170) Gli atti di stato civile, prima tenuti dalla Chiesa, solo dal 1837 passano alle autorità pubbliche.

(171) Si veda l'ottimo, ma spesso dimenticato studio di Maurice WALTON THOMAS, *The Early Factory Legislation — A Study in Legislative and Administrative Evolution*, Thames Bank, Leigh-on-sea, 1948, p. 127.

(172) Su questo aspetto, illustrato come un principio generale del diritto inglese, con eccezioni antiche in materia fiscale e recenti in materia sanitaria, F.H. LAWSON, *Dicey Revisited* cit., p. 217; F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law* cit., p. 124 illustra l'origine storica della «judicial execution», contrapponendola alla «administrative execution», col fatto che, in origine, funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali erano unite nei «justices of peace»; successivamente, questi perdono le funzioni amministrative — ma non tutte —, senza, però, perdere quella di «execution».

(173) P.W.J. BARTRIP and P.T. FENN, *The Administration of Safety: the Enforcement Policy of the Early Inspectorate 1844-1864*, in *Public Administration*, 1980, vol. 58, spring, p. 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di esecuzione agli ispettori e ai commissari (174). Di regola, gli ispettori avevano due strade per costringere i privati ad eseguire o per fare eseguire con l'ausilio della forza pubblica: o rimettersi ad arbitri, o rivolgersi ai «magistrates» (175). Poiché questi ultimi erano, di regola, riluttanti a dare esecuzione alle decisioni amministrative, gli ispettori o commissari utilizzarono con particolare ampiezza il potere di dare consigli, di guidare, di verificare, per orientare, stimolare, correggere i privati sottoposti al controllo. La macchina amministrativa posta in essere nell'Inghilterra vittoriana mancava, quindi, di un efficace strumento di attuazione, nel senso del potere di costringere privati ad eseguire, ed era fondata su una immensa fiducia nella forza della conoscenza, del consiglio e della persuasione (176).

Si può dire che questi uffici fossero completamente sottoposti al sindacato del giudice ordinario? Va, innanzitutto, rilevato che, se la loro attività si svolgeva — come abbiamo appena visto — prevalentemente attraverso un'attività esortativa, il problema di una difesa giudiziale non si poneva neppure: l'applicazione, da parte dei privati, era volontaria.

In secondo luogo, anche in Inghilterra esistevano alcuni esempi di immunità, che trovavano la loro fonte nella legge (si pensi all'immunità giudiziaria dei «customs and excise officers») o negli atteggiamenti dei giudici. A quest'ultimo proposito, singolare il caso dei «Poor Law Guardians». Questi erano organi locali, con funzionari onorari, posti sotto il controllo dei «Poor Law Commissioners». Essi dovevano, sotto la direzione dell'ufficio nazionale, nominare persone incaricate di servizi: ad esempio, la gestione di ospedali per i poveri. Ora, la giurisprudenza li riteneva non responsabili per atti delle persone da essi nominate, perché sottoposti a direttiva da parte di un organo pubblico nazionale. Particolarmente eloquente la decisione «Brennan v.The Guardians of the Poor of the Limerick

(174) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State* cit., p. 114.

(175) Una illustrazione delle difficoltà dell'«enforcement» in O. Mac Donagh, *A Pattern of Government Growth 1800-1860. The Passenger Acts and their Enforcement*, London, Macgibbon, 1961, p. 95, 149-150, 159.

(176) D. Roberts, *Victorian Origins of the Welfare State*, cit., p. 106-107; H.W. Arthurs, *Without the Law*, cit., p. 103 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Union» (1878), nella quale il giudice spiegò il rifiuto di accogliere l'azione proposta motivando espressamente nel senso che, in tal modo, si sarebbe messo in pericolo il funzionamento dell'intera legge. Se tutte le vere o supposte omissioni dei funzionari, da quelle relative alle condizioni sanitarie a quelle relative al cibo, a quelle relative ai vestiti, venissero portate davanti ai giudici, diverrebbe difficile se non impraticabile amministrare la legge, scrisse la Corte. Dunque, i giudici stessi erano tutt'altro che insensibili all'argomento di far funzionare l'amministrazione, senza intervenire continuamente. Ciò che ricorda molto il dettato costituzionale francese che fa divieto ai giudici di turbare il funzionamento dell'amministrazione (177).

In terzo luogo — come notato dai critici di Dicey — la legislazione seguiva un sistema meno visibile e più sottile di quello dell'art. 75 della Costituzione dell'anno VIII, tanto criticato da Dicey: invece di dare l'immunità (sia pur non assoluta, in quanto sottoposta all'autorizzazione del Consiglio di Stato) ai dipendenti, si faceva uso della «privative clause», che escludeva l'impugnabilità di particolari categorie di atti amministrativi in sede giurisdizionale.

Questa vicenda merita di essere esaminata più da vicino, perché va al cuore del problema posto da Dicey. Infatti, se la generale sottoposizione all'«ordinary common law» attraverso i giudici era, poi, esclusa attraverso la esclusione degli atti di alcune autorità pubbliche dall'impugnazione, non si realizzava, in Inghilterra, nessuna delle due condizioni indicate da Dicey, quella della eguaglianza dei privati e dei poteri pubblici e quella della eguale sottoposizione degli uni e degli altri ai giudici ordinari. Di più: con l' esclusione di particolari categorie di atti dall'impugnazione si presentava, in Inghilterra, un aspetto tipico del diritto amministrativo autoritario, noto in Francia e in Italia.

In Inghilterra, la vicenda non è semplice. Innanzitutto, essa non è unitaria: vi sono tante storie quanti sono gli uffici pubblici. In secondo luogo, i tentativi di preclusione dell'impugnazione, operati

(177) Questo e altri casi, con commenti, in G.E. Robinson, *Public Authorities and Legal Liability* cit., p. 45 ss. e p. XLVII dell'introduzione di Morgan.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per legge, si infrangono, spesso, contro l'opposizione dei giudici stessi, i quali disattendono il dettato legislativo (178).

Quel che si può dire con sufficiente certezza è che i promotori della legislazione vittoriana che condurrà alla «revolution in government» del XIX secolo (179) erano preoccupati per gli impedimenti che i giudici potevano creare all'attuazione delle leggi. Da un lato, si temeva l'atteggiamento dei «justices of peace», troppo spesso favorevole agli interessi dei proprietari, la cui attività doveva essere limitata dall'amministrazione (ad esempio, proprietari di miniere o armatori). Dall'altro, si temeva la lentezza della giustizia delle Corti, il suo legalismo, il suo costo. Per questi motivi, ben noti a qualunque giurista continentale, Chadwick, l'allievo di Bentham che si può dire sia all'origine di gran parte della legislazione protettiva di cui stiamo parlando (180), cercava di precludere l'intervento dei giudici spiegando che questi avrebbero potuto rendere inefficaci intere leggi per minute ragioni tecniche; che essi erano poco informati dei problemi sociali e politici che davano luogo alle leggi; che erano, di regola, interessati a controversie tra singoli individui, non a controversie in cui erano involte intere categorie di individui; che non potevano valutare gli effetti remoti della loro azione (181).

Leggi importanti, come i «Passenger Acts» del 1803, 1828, 1835, il «Factory Act» del 1825 (e, poi, quelli del 1831 e del 1833), il «Mines Act» del 1842, il «Poor Law» del 1834, l'«Inclosure Act» del 1846, il «Merchant Shipping Act» del 1894, limitavano o escludevano, in vario modo, la possibilità di proporre ricorsi contro le decisioni amministrative (182). Ma anche altri complessi legislativi,

---

(178) Con riferimento al XIX secolo, S.A.de SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens, I ediz., 1959, p. 230.

(179) Come noto, l'espressione risale a O. MAC DONAGH; dello stesso autore, *A Pattern of Government Growth* cit., p. 320 e *Early Victorian Government 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977.

(180) Egli, in particolare, dette forma alla legislazione sui poveri, sul lavoro nelle industrie e in materia sanitaria.

(181) H. PARRIS, *Constitutional Bureaucracy — The Development of British Central Administration since the Eighteenth Century*, London, Allen and Unwin, 1969, p. 188.

(182) H.W. ARTHURS, *Without the law*, cit., p. 146 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

più stabili e con un ambito di applicazione più vasto, disponevano limitazioni all'impugnativa: ad esempio, quello fiscale ([183]).

Come può essere spiegata questa sottrazione di categorie di atti al controllo dei giudici? Una spiegazione offerta in passato è che alle autorità amministrative veniva attribuito un «judicial power» ([184]). Un'altra spiegazione appare più convincente. Il Parlamento inglese, nel lungo conflitto che l'aveva visto opporsi alla Corona, aveva trovato un alleato nelle Corti. Di qui la sottoposizione dei dipendenti della Corona — nell'impossibilità di sottoporvi la Corona stessa — alla giurisdizione delle Corti. Ma, con la legislazione parlamentare istitutiva degli Ispettorati e delle Commissioni, la situazione, in certo senso, si rovescia. Questi uffici sono istituiti dal Parlamento stesso e possono essere chiamati a riferire ad esso (anche se, di fatto, il controllo parlamentare è molto limitato).

Non dipendono strettamente dall'esecutivo. A questo punto, non c'è più bisogno di assicurarsi il controllo giudiziario. Anzi, semmai, c'è bisogno di evitarlo, perchè l'attività voluta dal Parlamento si svolga senza interferenze esterne. Dicey, in questo senso, era fuori del tempo. Lui che, in «Law and Public Opinion», farà la prima analisi della crescita della legislazione «collettivista», che condurrà a quella che sarà chiamata la rivoluzione amministrativa dell'800, era rimasto fermo, da questo punto di vista, alla situazione precedente all'allargamento del suffragio, agli anni prima del 1833.

Ciò spiega anche perché il Parlamento non fece una scelta precisa e lasciò gli Ispettorati e le Commissioni in una posizione ambigua sia organizzativamente, sia funzionalmente. Organizzativamente, perché non ne era chiaro l'inquadramento: erano strumenti esecutivi, ma non sottoposti, almeno inizialmente, ai ministri, e con un obbligo di riferire al Parlamento.

Funzionalmente, perché non ne era definita l'attività, né era chiaramente indicato il modo in cui potevano dare esecuzione alle decisioni. Con la conseguenza che l'attività amministrativa generale degli Ispettorati e delle Commissioni era definita «quasi legislative» e quella amministrativa singolare «quasi judicial». Non va dimenticato che tutto questo avviene in un'epoca in cui il Parlamento stesso

([183]) H.W. Arthurs, p. 146.
([184]) F.J. Port, *op. cit.*, p. 202 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

svolgeva una attività amministrativa diretta, proprio per il tradizionale sospetto nutrito nei confronti dell'esecutivo (ad esempio, per mezzo di «Private Bills», era esso che decideva quali terreni espropriare per la costruzione di linee ferroviarie o per quali terreni si poteva provvedere alla «enclosure») E in un'epoca in cui le funzioni locali erano dominate dai «justices of peace» e da organi misti, composti sia da «justices of peace» (chiamati anche, a partire dall'800, «magistrates»), sia da amministratori locali. Dunque, l'amministrazione o attività esecutiva è un campo ancora incerto, invaso da forze politiche più potenti, quale il potere legislativo e quello che possiamo definire giudiziario in senso largo.

Infine, va considerato un ultimo aspetto della sottoposizione dell'amministrazione ai giudici. Dicey considera sempre il problema della responsabilità per danni («tort»), alla quale si ricorreva anche per ottenere un risarcimento minimo («nominal»), allo scopo di ottenere una declaratoria di illegittimità. Ma lo strumento diretto resta sempre quello dell'annullamento, che è cosa diversa, come egli stesso avrà modo di notare nelle sue note non pubblicate: un aspetto apprezzabile del sistema francese è che una persona può «get administrative or official acts annulled which are «ultra vires» even where they have not caused him actual pecuniary damage. As far as I can discover no similar power exists under English law. If for example, the Home Office were to issue an order or notice which was «ultra vires» i.e.which went beyond any right possessed by the Secretary of State either in virtue of the prerogative of the Crown, or under a statute, any man might, if he chose to risk doing so, treat the notice as a nullity. But there does not appear to be any way in which he could get it withdrawn or nullified (it is in several ways a defect of English law that it affords very little means of testing the legality of any one's action until actual damage has been caused by it)» (185).

Una spiegazione del fatto che Dicey non abbia tenuto conto dei «prerogative writs», con l'unica eccezione dell'«habeas corpus», mentre si concentra sulla responsabilità personale per danni dei dipendenti pubblici, starebbe nell'idea di Dicey che la responsabilità

(185) *Conclusions as to French Droit Administratif* (1899), in *Comparative Study of the Constitution*, cit., p. 64-65.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personale era importante per prevenire, come un deterrente, la commissione di illegittimità (186).

Un'altra possibile spiegazione sta nel fatto che i «prerogative writs» — ci si riferisce qui, in particolare, a «certiorari» e «prohibition» — prima limitati a corpi giurisdizionali, solo dal 1832 cominciarono ad essere applicati a corpi amministrativi. Questo allargamento fu provocato dal fatto che, come abbiamo visto, a partire da quegli anni, funzioni amministrative prima svolte dai «justices of peace» cominciarono ad essere svolte da organi amministrativi «ad hoc». E i giudici allargarono lentamente l'applicazione dei due «writs» a tali organi. Ma questo processo avvenne lentamente. Per spiegare il passaggio, i giudici dovettero sostenere che non era importante la natura del soggetto, ma quella dell'atto. Per cui anche atti adottati da autorità amministrative, purché avessero carattere giurisdizionale — secondo la terminologia una volta corrente in Italia, avessero carattere sostanzialmente giurisdizionale —, potevano essere sottoposti ai due «writs». La tesi rimase a lungo controversa e solo nel 1882 i dubbi furono sciolti (187). Ma questa era una tesi troppo recente perché Dicey potesse tenerne conto.

La «judicial review», poi, se dobbiamo seguire osservatori della prima metà di questo secolo, non consisteva in un esame veramente approfondito. Il controllo esercitato attraverso l'esame del rispetto dei principii di «natural justice» rimaneva molto superficiale (188).

E non può certo affermarsi che anche questo controllo imperfetto fosse molto esteso, per lo scarso accesso che i cittadini potevano avere agli alti gradi della giustizia. Tant'è vero che è impossibile trovare le tracce di un corpo di diritto amministrativo di formazione giurisprudenziale almeno fino alla fine del secolo scorso (189) Se, dunque, tutti gli indizi raccolti fanno supporre che Dicey avesse torto, come si spiega un così grossolano «errore»? Perché Dicey non si avvide di quella che uno dei maggiori studiosi dell'Inghilterra

(186) Questa la tesi di F.H. LAWSON, *Dicey Rivisited* cit., p. 121 e 124; si veda anche E.C.S.WADE, *Introduction*, in A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution* cit., p. CXXXVI.

(187) S.A.de SMITH, *Judicial Review of Administrative Action* cit., p. 272-273.

(188) W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law*, cit., p. 409.

(189) H.W. ARTHURS, *'Without the Law'* cit., p. 150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vittoriana ha definito «the avalanche of administrative law that descended on England» (190)?

Una ipotesi è stata già affacciata: che Dicey, in sostanza, non abbia costruito le sue conclusioni sulla realtà del diritto amministrativo degli anni in cui scriveva (gli anni '80 del secolo scorso), quanto piuttosto su quella di mezzo secolo prima, quando non si era ancora prodotto il rivolgimento amministrativo e Parlamento e Corti giudiziarie erano ancora alleate, in opposizione all'esecutivo, che si identificava con la Corona. Negli anni di Dicey, il legame tra Parlamento ed esecutivo stava stringendosi, ed, anzi, grazie alla disciplina di partito, l'esecutivo — ma il Gabinetto, non la Corona — esercitava una forza dominante in Parlamento.

Una seconda ipotesi è che egli abbia trascurato tutta questa parte del diritto amministrativo, perché era interessato non tanto alla parte della Costituzione che tutela il diritto di proprietà, quanto a quella parte che tutela le libertà. A riprova di ciò sta la circostanza che in «the Law of the Constitution» egli considera soltanto tre libertà, quella personale, quella di manifestazione del pensiero e quella di riunione. Dunque, è vero che Dicey era un liberale, ma non che era un liberista. La proprietà passa in secondo piano, rispetto alla libertà. Seconda conferma è quella che viene dall'esame del diritto positivo: in effetti, quando si tratta della libertà, il ruolo del giudice è più ampio, anzi dominante (anche se alcune forme di censura sono continuate persino nel XX secolo).

Un'altra ipotesi è che Dicey catturasse un aspetto della realtà ormai superato, che poi non è stato più visto, che egli aveva così vicino da ritenere superfluo di doverlo menzionare. Ci si riferisce al doppio tentativo, quello di dare forza giudiziaria alle decisioni dell'amministrazione e quello di sottrarre i nascenti apparati amministrativi al controllo dei giudici, attraverso la non impugnabilità degli atti, oltre che alla immunità giudiziaria dei «customs and excise officers» e di altri funzionari. Agli occhi di Dicey, questi potevano apparire crimini non meno gravi dell'art. 75 della Costituzione francese dell'Anno VIII. Come deterrente contro questi sviluppi, Dicey potrebbe aver voluto ergere la sua costruzione, che non

(190) D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State* cit., p. 300.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menziona il pericolo da evitare, ma ricorda, invece, continuamente, l'arbitrio al quale conduce, in Francia, il «droit administratif».

A favore di questa interpretazione delle ragioni di Dicey sta la circostanza che una realtà all'epoca già tanto diffusa non doveva sfuggirgli, non solo perché egli era un osservatore tanto attento della realtà politica (ed, infatti, alla legislazione influenzata da quello che chiamò collettivismo dedicò la seconda parte dell'VIII capitolo delle «Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century" (191)) , ma anche perchè vi era quasi venuto a contatto direttamente: si pensi che lo zio di Albert Venn Dicey, James Stephen (1789-1859), «colonial under-secretary», era stato uno degli autori e, poi, uno degli amministratori della legislazione diretta a proteggere gli emigranti. Contro questa interpretazione stanno, invece, due elementi: la formazione giuridico-avvocatesca prevalente in Inghilterra, che sposta l'attenzione dei giuristi verso le Corti (nelle quali, per i motivi detti, dovevano arrivare raramente decisioni degli Ispettorati e delle Commissioni) e la tendenza dello stesso Dicey a sottovalutare tutti gli aspetti amministrativi, considerati secondari (192). Cecil Carr osserverà che le leggi amministrative «were not lawyers' laws: lawyers did not study them» (193).

Avviamoci verso qualche conclusione provvisoria. È chiaro, dopo quanto si detto, che Dicey fece almeno tre «errori». In primo luogo, scambiò la giustizia amministrativa — un sistema giudiziario separato, chiamato a risolvere i conflitti tra privati e pubblica amministrazione — col diritto amministrativo (194).

Dichiarata inesistente la prima, ritenne che anche il secondo non potesse esistere, mentre ben può darsi un diritto amministrativo senza un sistema autonomo di giustizia amministrativa.

In secondo luogo, confuse il diritto amministrativo autoritario

---

(191) *Op. cit.*, p. 288 ss.

(192) Osserva MacDonagh, *A Pattern of Government Growth* cit., p. 325, a proposito di «Law and Opinion», che «practical government does not exist for Dicey»; sul fatto che Dicey considera solo alcuni settori limitati dell'amministrazione, E.C.S. Wade, *Introduction* in A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* cit., p. CXXVI, CXLVI e CXCIII.

(193) C. Carr, *Concerning English Administrative Law*, p. 21.

(194) Questo punto è contestato da F.H. Lawson, *Dicey Rivisited* cit., p. 116.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

col diritto amministrativo «tout court» e scomunicò il secondo, mentre voleva scomunicare il primo.

In terzo luogo, ignorò — o finse di ignorare — la realtà amministrativa della seconda metà del secolo, che presentava alcuni caratteri tipici della prima fase di evoluzione del diritto amministrativo: poteri speciali attribuiti alle amministrazioni; attribuzione di poteri di autotutela; sottrazione di categorie di funzionari al controllo delle corti; sottrazione delle decisioni amministrative al vaglio dei giudici: tutto ciò per assicurare l'effettività delle funzioni attribuite alle amministrazioni.

In Inghilterra, nella seconda metà del secolo scorso, c'erano gli elementi costitutivi di un diritto amministrativo. Ciò che mancò, perché un ramo del diritto con quel nome fosse riconosciuto e si sviluppasse, fu l'opera ordinatrice della dottrina e della giurisprudenza. Ma qui può riconoscersi la mano di Dicey. Egli, affermando, erroneamente, che il diritto amministrativo non esisteva, impedì lo sviluppo di una scienza del diritto amministrativo che, a sua volta, ma effettivamente, non fece sviluppare il diritto amministrativo, inteso come istituti, classificazioni, insieme di regole che governano i rapporti tra amministrazione e privati. Per cui, se è vero che Voltaire era stato due volte imprigionato alla Bastiglia senza regolare processo, a causa della debolezza dei giudici francesi, ci si può chiedere quanti bambini siano morti per le condizioni in cui lavoravano nelle miniere, a causa degli scarsi poteri degli amministratori inglesi (195).

Dicey, insomma, ebbe ragione almeno in tre sensi. Da una parte, nella constatazione che, quando scriveva, non esistesse un diritto amministrativo nel senso di una serie di principii ai quali fa capo un corpo di norme, ordinato a sistema grazie a quei principii, e, quindi, capace di trovare nel suo interno la capacità di integrarsi: alla fine, la prova vera dell'esistenza di un ramo del diritto sta nella esistenza di norme o di principii di chiusura, per cui quel ramo può dirsi

(195) Naturalmente, ci si può anche chiedere quanto effettiva fosse l'amministrazione francese nel proteggere bambini e donne e nell'intervenire a favore delle altre categorie sottoprotette; la risposta data in sede storica all'interrogativo è a favore dell'Inghilterra: D. Roberts, *Victorian Origins of the Welfare State* cit., p. 319 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

autonomo dagli altri, non dovendo ricorrere, per completarsi in caso di lacune legislative, ad altri rami.

Dall'altra, per aver tanto insistito sulla assenza di un diritto amministrativo nell'Inghilterra vittoriana, Dicey ebbe ragione anche in un secondo senso: le sue conclusioni divennero parte del diritto vigente, «the Law of the Constitution» divenne — non solo per i suoi meriti intrinseci, ma anche per l'alto riguardo della giurisprudenza, della cultura e della politica inglesi rispetto alle opinioni autorevoli — una prescrizione normativa. E, come prescrizione normativa, impedì ai giudici e alla dottrina di fissare i concetti del diritto amministrativo.

Infine, se è vera la tesi che Dicey criticasse il diritto amministrativo per contrapporsi al crescere delle funzioni statali e del collettivismo (196) e che, quindi, combatté la forma perché non gli piaceva il contenuto, l'opera di Dicey si è rivelata fruttuosa come programma, non come analisi di una realtà, in quanto ha contribuito a glorificare il giudice ordinario e a spogliare l'amministrazione dei poteri derogatori, per farle vestire panni privati.

Dicey sarà, fino ad oggi, la cartina di tornasole del cambiamento amministrativo inglese: ogni volta che ve n'è uno, si ritorna a Dicey per verificare i concetti. Così nei primi trenta anni del secolo nostro, quando si completa l'edificio amministrativo; negli anni '40, sotto la pressione della crescita amministrativa prodotta dalla guerra; negli anni '80, col completamento del «Welfare State» e l'affacciarsi di un sistema di giustizia amministrativa.

Ma la scienza inglese del diritto amministrativo, pur facendo continuamente i conti con Dicey, non sarà capace di portare fino in fondo la revisione dei concetti e rimarrà in uno stato infantile, per la incapacità di separare legislazione e giurisdizione da amministrazione (e, quindi, di abbandonare la definizione degli istituti amministrativi a mezzo dei «quasi»: «quasi legislative», «quasi judicial») e per la difficoltà di impossessarsi di tutta la materia del diritto amministrativo sostanziale (197).

---

(196) H.W. ARTHURS, «*Without the Law*», cit., *passim*.

(197) Rimane prigioniero di questa trappola concettuale anche un giurista canadese, al quale si deve lo sforzo più ampio di analisi del diritto amministrativo inglese dell'800, H.W. ARTHURS, «*Without the Law*» cit. spec. p. 167 ss.; questo autore sostiene

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sull'una e sull'altra di queste difficoltà grava, ancor oggi, la mano di Dicey. Sulla prima, in quanto l'effetto ultimo della sua opera è stato il mancato riconoscimento di una autonoma posizione costituzionale all'amministrazione, alla quale non è lasciato spazio tra Parlamento e Corti giudiziarie. Sulla seconda, in quanto si protrae l'«errore» diceyiano di identificare il tutto — il diritto amministrativo — con una parte — la giustizia amministrativa —. Per cui ancor oggi, dopo lo sviluppo che è stato definito «phenomenal» e «immense» del diritto amministrativo ([198]) e dopo che il diritto amministrativo si è affermato ed è, anzi, divenuto una importante materia di insegnamento, i suoi studiosi appaiono come pittori che non abbiano una tavolozza completa di tutti i colori. Dopo Dicey, nonostante i molti progressi, scienza del diritto amministrativo e diritto amministrativo rimangono separati, perché la prima, in sostanza, non è altro che studio della giustizia amministrativa.

Questa miopia — però — non può essere criticata o giudicata «erronea» con la stessa rapidità con la quale, in Inghilterra, ci si affretta oggi a liquidare Dicey — salvo indicarne l'opera in cima alla lista delle letture consigliate agli studenti di diritto —. In primo luogo, infatti, le concezioni e le scelte di una cultura giuridica, influenzata dalla sua tradizione, anche se tradiscono la realtà che dovrebbero analizzare, costituiscono, nella misura in cui sono generalmente condivise, anche per il più acuto osservatore straniero, il diritto di quel paese e di quell'epoca. In secondo luogo, anche criteri e classificazioni concettualmente errati possono produrre effetti positivi: è il caso dell'applicazione dei principii di «natural justice» all'amministrazione, resa possibile dal prevalere della concezione dell'«adjudication» e della natura «quasi judicial» dell'attività amministrativa (almeno di una parte di essa).

---

che l'errore di Dicey fu quello di credere al centralismo giudiziario, senza tener conto del pluralismo prodotto dalla istituzione di Ispettorati e Commissioni; ma così vengono confusi ancora una volta aggiudicazione e amministrazione.

([198]) W.A. Robson, *Administrative Law in England, 1919-1948* cit., p. 89 e *Administrative Law* cit., p. 202.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Attualità di Lodovico Mortara

Quando, all'inizio del 1968, apparve nella *Giurisprudenza italiana* la commemorazione di Lodovico Mortara tenuta da Salvatore Satta il 16 dicembre dell'anno precedente a Roma, tutti capimmo che Satta aveva voluto sollevare il velo dell'oblio dalla grande pagina del libro di Mortara, ma nessuno sospettò che il significato e la portata di quella commemorazione trascendessero la figura e le opere del grande Maestro mantovano.

I recenti studi di Franco Cipriani ci fanno ora comprendere che molto probabilmente Salvatore Satta non voleva soltanto spronarci a conoscere più da vicino Mortara, ma anche segnalarci il grave problema che da tre quarti di secolo angustiava la processualcivilistica italiana.

Su tale problema apparirà presto nella "Biblioteca" di questi "Quaderni" un saggio di Cipriani, ma sin d'ora la Rivista, con gli scritti che qui di seguito vengono pubblicati, è lieta di riproporre, in ideale continuità d'intenti con la commemorazione sattiana, l'attualità di Lodovico Mortara.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FRANCO CIPRIANI

LE "POCHE COSE" E LA LUNGA VITA DI LODOVICO MORTARA

1. Una pronipote di Mortara dal Brasile a Bari. — 2. Le notizie e i documenti del dott. Alberto Mortara. — 3. Ricordo di Giorgio Mortara. — 4. Gli *Appunti* di Giorgio e le "pagine autobiografiche" del padre. — 5. Il passaggio di Lodovico Mortara in magistratura secondo i reticenti *Appunti* del figlio. — 6. Lodovico Mortara nel 1902, la sua aspirazione a legiferare, i suoi errori e l'affettuoso silenzio del figlio. — 7. I pareri *pro veritate*. — 8. La bibliografia e il commento dell'art. 3 Cost.

1. Nel maggio del 1989, quando stavo già da qualche tempo tentando di ricostruire le singolari e affascinanti vicende che ebbero per protagonisti i Padri della processualcivilistica italiana (1), un mio giovane amico, il dott. Giampiero Rossiello, mi disse di avere conosciuto una pronipote di Mortara. Quando? Ieri. Dove? Qui a Bari. Dici sul serio? Naturalmente!

Il fatto che una pronipote di Mortara si trovasse a Bari mentre io stavo scartabellando vecchi libri e vecchie riviste per cercare di capire chi mai fosse e che cosa avesse mai fatto, scritto o detto il suo bisnonno, mi parve un segno del destino. Evidentemente, era scritto che dovesse capitarmi quello che mi stava capitando.

L'incontro con la sig.na Laura Mortara, cittadina brasiliana, figlia di Alberto (primogenito di Giorgio, primogenito di Lodovico), da qualche mese a Bari come insegnante d'inglese presso la *British school*, fu per me piuttosto emozionante. Anzitutto perché, non avendo mai visto una fotografia del grande (e terribile) "figlio del rabbino" di Mantova, fu quella la prima volta in cui, alla luce dei

(1) Sulle quali v. il mio saggio su *Le dimissioni del professore Mortara e i "germanisti" del preside Scialoja*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 770 ss., e il mio *Storie di processualisti e di oligarchi.* La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), in corso di stampa.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lineamenti della pronipote, tentai d'immaginare i suoi; poi perché il colloquio mi consentì subito di capire che è proprio vero che la scienza unisce come e più del sangue: non mi ci volle infatti molto per rendermi conto ch'io conoscevo Lodovico Mortara molto meglio di quanto non lo conoscesse la sua pronipote. In particolare, mi meravigliò non poco lo stupore di Laura Mortara di fronte allo scaffale della mia biblioteca interamente riservato alle opere del suo bisnonno; e ancor più mi sorprese ch'ella avesse solo vaghissime idee delle vicende personali del suo progenitore. Per esempio, quando le chiesi se sapeva qualcosa dei rapporti tra il suo avo e Chiovenda, mi rispose così: "chi è?".

2. Grazie a Laura Mortara ho instaurato un cordiale rapporto epistolare con il dott. Alberto Mortara, che vive a San Paolo del Brasile e che mi ha fornito documenti e notizie assai preziosi.

Egli aveva 16 anni quando morì suo nonno e perciò sa molto poco della vita e delle opere del nonno. Ha il manoscritto delle *Pagine autobiografiche* pubblicate da Satta nel 1969 (2); ha gli estratti dei necrologi dedicati a suo nonno da Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei (che fecero a gara nel parlare il meno possibile dei meriti, delle opere e, soprattutto, delle leggi dello scomparso, pari-

(2) Il dott. Alberto Mortara mi ha fatto tenere copia delle pagine autobiografiche del nonno e della lettera inviata da Satta a Nella Mortara l'8 maggio 1968:

«Gentile Professoressa, mi sono pervenute le pagine autobiografiche di Suo padre che Ella e la Sua gentile sorella mi hanno voluto inviare.

«Non può immaginare la commozione profonda che la lettura ha destato nel mio animo: è un documento che rivela l'altezza morale e intellettuale del loro illustre genitore, oggi senza possibilità di comparazione. Sono fiero di avere intuito le cose che Lodovico Mortara scriveva, pur non avendo avuto la fortuna di conoscerlo di persona.

«Dato l'enorme interesse anche sul piano scientifico, dello scritto che mi ha mandato, mi permetto di chiedere loro l'autorizzazione a pubblicarlo in un volumetto che cercherò di fare uscire nel corrente anno. Mi pare che non ci sia alcun ostacolo dato che le persone nominate (d'altronde tutte onorevolmente) sono ormai purtroppo scomparse dalla scena e molte addirittura dimenticate.

«Spero che non vorranno privare la scienza e la storia del processo di questo importante documento che sono stato io il primo, per loro bontà, a leggere ed apprezzare.

«Mi creda con i più distinti saluti S. Satta».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ficato da Chiovenda a Castellari (3) e da Carnelutti a Scialoja (4), l'avversario storico di Mortara, colui che amava parlare e aborriva scrivere, tanto che si faceva "redigere per iscritto" i libri dagli altri (5)...); ha il saggio di Satta sull'*Attualità di Lodovico Mortara* (che dice molto, quasi tutto, ma che può essere capito solo conoscendo una serie di altre cose); ha la voce *Appello civile*, il *Commentario* e una decina delle "poche cose minori" (6) scritte da suo nonno; ritiene che il nonno passò in magistratura per poter essere più utile all'Italia e perché amava la "tranquillità". Egli, dunque, si trova più o meno nella stessa situazione nella quale mi trovavo io fino a qualche tempo fa: non sa sostanzialmente niente.

In compenso, il dott. Alberto Mortara mi ha inviato una fotografia di suo nonno, l'elenco, da lui compilato, dei 102 pareri *pro veritate* rilasciati dal nonno tra il 1924 e il 1928 e degli *Appunti biografici su Lodovico Mortara* scritti da suo padre Giorgio.

Si è così fatta strada in me l'idea di mettere insieme una sorta di tetralogia: il saggio del figlio sul padre; l'elenco, amorevolmente compilato dal nipote, dei pareri del nonno; l'elenco, piuttosto impegnativo, delle "poche cose" (*sic*!) scritte da Lodovico Mortara nella sua lunga vita; e queste mie pagine a mo' d'introduzione, sì da offrire al lettore un quadro non certo completo (mancano ancora le infinite recensioni scritte per 45 anni sulla *Giur. it.* e le sentenze redatte come magistrato), ma almeno largamente indicativo della personalità e delle opere di Lodovico Mortara. A suggello del tutto m'è parso opportuno ripubblicare una delle tante "cose minori" del figlio del rabbino di Mantova, quella che è forse la più importante e nel contempo la più ingiustamente dimenticata, la prolusione pisana

---

(3) Cfr. G. CHIOVENDA, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 100, ribadendo quanto affermato in *Antonio Castellari*, ivi, 1931, I, p. 377 s. Nel senso che tale parificazione sia troppo benevola per Castellari, A. PROTO PISANI, *Materiali per uno studio dei contributi processualcivilistici della "Rivista di diritto commerciale" (1903-1923)*, in *Quaderni fiorentini*, 16, Milano, 1987, p. 405, il quale non avverte quanto poco benevola quella parificazione fosse per Mortara, che nel 1931 era ancora vivo.

(4) Cfr. F. CARNELUTTI, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 103.

(5) Tutti i libri di Scialoja, salvo il primo, ch'era la tesi di laurea, sono stati "redatti per iscritto" da altri: vedine l'elenco nel mio *Le dimissioni*, cit., p. 803 s., in nota.

(6) Così, nel commemorare Mortara a Mantova il 16 settembre 1947, F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 242.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lineamenti della pronipote, tentai d'immaginare i suoi; poi perché il colloquio mi consentì subito di capire che è proprio vero che la scienza unisce come e più del sangue: non mi ci volle infatti molto per rendermi conto ch'io conoscevo Lodovico Mortara molto meglio di quanto non lo conoscesse la sua pronipote. In particolare, mi meravigliò non poco lo stupore di Laura Mortara di fronte allo scaffale della mia biblioteca interamente riservato alle opere del suo bisnonno; e ancor più mi sorprese ch'ella avesse solo vaghissime idee delle vicende personali del suo progenitore. Per esempio, quando le chiesi se sapeva qualcosa dei rapporti tra il suo avo e Chiovenda, mi rispose così: "chi è?".

2. Grazie a Laura Mortara ho instaurato un cordiale rapporto epistolare con il dott. Alberto Mortara, che vive a San Paolo del Brasile e che mi ha fornito documenti e notizie assai preziosi.

Egli aveva 16 anni quando morì suo nonno e perciò sa molto poco della vita e delle opere del nonno. Ha il manoscritto delle *Pagine autobiografiche* pubblicate da Satta nel 1969 (2); ha gli estratti dei necrologi dedicati a suo nonno da Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei (che fecero a gara nel parlare il meno possibile dei meriti, delle opere e, soprattutto, delle leggi dello scomparso, pari-

(2) Il dott. Alberto Mortara mi ha fatto tenere copia delle pagine autobiografiche del nonno e della lettera inviata da Satta a Nella Mortara l'8 maggio 1968:

«Gentile Professoressa, mi sono pervenute le pagine autobiografiche di Suo padre che Ella e la Sua gentile sorella mi hanno voluto inviare.

«Non può immaginare la commozione profonda che la lettura ha destato nel mio animo: è un documento che rivela l'altezza morale e intellettuale del loro illustre genitore, oggi senza possibilità di comparazione. Sono fiero di avere intuito le cose che Lodovico Mortara scriveva, pur non avendo avuto la fortuna di conoscerlo di persona.

«Dato l'enorme interesse anche sul piano scientifico, dello scritto che mi ha mandato, mi permetto di chiedere loro l'autorizzazione a pubblicarlo in un volumetto che cercherò di fare uscire nel corrente anno. Mi pare che non ci sia alcun ostacolo dato che le persone nominate (d'altronde tutte onorevolmente) sono ormai purtroppo scomparse dalla scena e molte addirittura dimenticate.

«Spero che non vorranno privare la scienza e la storia del processo di questo importante documento che sono stato io il primo, per loro bontà, a leggere ed apprezzare.

«Mi creda con i più distinti saluti S. Satta».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Consolo, allievo di Mattirolo e titolare di procedura a Messina, rimasto vittima del terremoto che colpì quella città nel dicembre 1908, né di Calamandrei, che approdò a Messina nel 1915, a ventisei anni, grazie alla vittoria conseguita alle spalle di Carnelutti nel concorso per la cattedra di Padova.

Nel 1914 Giorgio Mortara passò ad insegnare statistica metodologica, demografica ed economica nell'Istituto superiore di scienze economiche e commerciali (ora Facoltà di Scienze economiche dell'Università) di Roma, donde, nel 1924, fu chiamato ad insegnar statistica presso la Facoltà giuridica della neonata Università di Milano, ove dal 1936 fu collega del processualcivilista Francesco Carnelutti (11) e ove rimase fino al 1938, quando, per le leggi razziali, fu costretto a lasciare la cattedra.

Esule in Brasile, fu consulente tecnico del servizio nazionale di censimento del Brasile dal 1939 al 1948 e direttore del laboratorio di statistica del Consiglio nazionale di statistica del Brasile dal 1949 al 1957.

Nel 1956 riottenne la cattedra in Italia e fu chiamato ad insegnare statistica economica nella Facoltà di scienze statistiche dell'Università di Roma, della quale divenne professore emerito nel 1961. Si spense il 30 marzo 1967, a 82 anni come suo padre, a Rio de Janeiro.

Orbene, da queste scarne note biografiche si possono trarre due notizie che c'interessano da vicino e che io, in verità, ignoravo: *a*) Giorgio Mortara ha studiato giurisprudenza a Napoli dal 1901 al 1905; *b*) egli ha insegnato per molti anni in facoltà giuridiche del Regno d'Italia ed è approdato alla cattedra di Roma a 71 anni.

Sic stantibus rebus, mi par chiaro che Giorgio Mortara, ch'io reputavo del tutto estraneo non solo al mondo del diritto, ma anche alle facoltà di giurisprudenza del Regno d'Italia, doveva conoscere

---

(11) Che lo recensì in un modo un po' troppo elogiativo: cfr. F. CARNELUTTI, *Recensione* a G. Mortara, *La realtà economica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, p. 156: "Che belle lezioni! Se i giuristi vogliono chiarirsi le idee...". Per un giudizio estremamente lusinghiero sull'opera di Giorgio Mortara, v. A. SEGNI, *Recensione* a G. Mortara, *Prospettive economiche*, in *Studi sassaresi*, 1930, p. 82 s. Questa recensione è seguita da quella dello stesso A. SEGNI, *Recensione* a Chiovenda, *Saggi, ibidem*, p. 83, che saluta per la prima volta in Chiovenda "il Maestro". Cioè a dire, nello stesso momento in cui si cancellava il padre, si esaltò il figlio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

abbastanza bene la procedura civile italiana e ancor meglio i processualcivilisti, non solo gli "antichi", ma anche i "moderni". Possiamo perciò esser certi ch'egli sapeva molte cose (che evidentemente non ha riferito al figlio Alberto). Ne vedremo le conseguenze tra qualche momento, quando cercheremo di far "parlare" il più possibile i suoi reticentissimi *Appunti biografici su Lodovico Mortara.*

4. Secondo ciò che mi ha comunicato il dott. Alberto Mortara, gli *Appunti* di Giorgio Mortara sulla vita del padre Lodovico furono inviati dall'autore "al prof. Ernesto Battaglini, del Consiglio Superiore della Magistratura, il 1° gennaio 1955. A quell'epoca il prof. Battaglini stava coordinando una commemorazione solenne al Palazzo di Giustizia di Roma, per il centenario della nascita di mio nonno, ed aveva richiesto a mio padre alcuni dati biografici".

Di fronte a questa notizia, la prima reazione è stata di compiacimento: evidentemente, Battaglini ricordava che Mortara era nato nel 1855 e sapeva bene ch'era stato tanto grande da meritare di essere commemorato nel centenario della nascita. A quanto pare, però, fu l'unico a ricordarlo.

Preso atto di ciò, è sorto il problema di stabilire se gli *Appunti* di Giorgio fossero stati editi o, comunque, in qualche misura utilizzati. Il dott. Alberto dava per scontato che io li conoscessi, ma s'ingannava. Di qui una ricerca piuttosto scrupolosa, rivelatasi però vana: non sono riuscito a trovare alcuna traccia né degli *Appunti* di Giorgio, né della commemorazione che nel 1955 si sarebbe tenuta in Cassazione nel centenario della nascita di Lodovico Mortara. In particolare, il dott. Mario Battaglini, figlio di Ernesto e noto commentatore del c.p.c., mi ha confermato che il padre era buon amico di Giorgio Mortara, ma ha escluso che avesse mai scritto alcunché su Lodovico Mortara.

In questa situazione, al Redattore di questi *Quaderni* e a me non resta che rischiare e tenersi pronti a cospargersi il capo di cenere per l'eventualità, quant'altre mai imbarazzante, che gli *Appunti* dovessero risultare già editi. Con l'avvertenza che, ove mai dovessero essere, come allo stato si è autorizzati a pensare, inediti, bisognerebbe dedurne che nel 1955 Ernesto Battaglini non sapeva che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortara era stato condannato all'oblio (12) e che la pena sarebbe scaduta nel 1967-68, quando Satta, con felice intuizione e con la più piena consapevolezza che il suo discorso avrebbe prima o poi portato i suoi frutti, decise ch'era tempo di "riaprire il grande libro" di Mortara (13).

Fatta questa premessa, deve dirsi che gli *Appunti* di Giorgio presuppongono chiaramente la conoscenza delle *Pagine autobiografiche* di Lodovico, che a quell'epoca non erano ancora state pubblicate, ma che Giorgio, evidentemente, ben conosceva. Essi, poi, come si vedrà, presuppongono ancor più chiaramente che il loro autore non immaginava che le *Pagine* paterne sarebbero state pubblicate quattordici anni dopo, né tanto meno che trentacinque anni dopo si sarebbe avuto modo di confrontare i suoi *Appunti* con quelle *Pagine.*

Rispetto all'autobiografia di Lodovico, gli *Appunti* del figlio sono molto più brevi. Ciò nonostante da essi è possibile apprendere delle notizie che non conoscevamo, quasi tutte, peraltro, di scarso rilievo. Non comune importanza hanno invece le poche righe impiegate per spiegare il passaggio del padre in magistratura. Su tale spiegazione c'intratterremo fra un attimo. Prima è il caso di segnalare le piccole novità degne, secondo me, di menzione.

a) Marco Mortara, rabbino maggiore di Mantova e padre di Lodovico, aveva uno studio che era "un focolare d'italianità"; tanto che "dopo la liberazione di Mantova e del Veneto, gli fu conferita dal governo di Vittorio Emanuele II, per riconoscimento della sua opera patriottica, la Croce dei SS. Maurizio e Lazzaro, onore che a quell'epoca si distribuiva con parsimonia". Risulta così confermata la fondamentale importanza che nella vita del figlio del rabbino di Mantova ebbe l'Italia, lo Stato libero e moderno ch'egli vedeva fondato sulla sovranità popolare e sulla giustizia: Lodovico Mortara, infatti, appartenne a "quella generazione di [giuristi] italiani" (14)

(12) V. *amplius* il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. XIV.

(13) Cfr. S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 460. Secondo me, Satta sapeva molto più di quanto disse, ma forse non sapeva come fare per spezzare l'incantesimo e risalire la china. La sua conferenza su Mortara ("il Maestro": ivi, p. 466), semplicemente geniale per le mille raffinatissime allusioni ("Mortara era un uomo", "i due folli", l'"insincerità" della lettera: ivi, pp. 460 e 469) è una delle più grandi pagine della processualcivilistica italiana.

(14) Riprendo, glossandola, e cioè cambiando gli "esegeti" in "giuristi", la nota

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che nacquero con la loro Patria e vissero per farla sempre più una, più libera e più giusta.

b) Clelia Vivanti, sposata da Lodovico Mortara nel 1883, morì dopo 28 anni di matrimonio, e cioè nel 1911. Il 1911, quindi, fu un anno particolarmente importante per Mortara: tornò definitivamente a Roma come Procuratore generale della locale Corte di cassazione; ripudiò *coram populo* il suo pupillo Carlo Lessona, che aveva avuto la geniale idea di tradurre in italiano il *Trattato* di Garsonnet (15); perse la moglie. In quell'anno, quindi, ebbe luogo il suo definitivo approdo a Roma e iniziò la sua solitudine (16). Comincio a capire perché, pur avendo tanto voluto operare a Roma, alla fine volle essere sepolto a Mantova.

c) Lodovico Mortara, che alcuni vogliono morto il 31 dicembre 1936, altri il 1° gennaio 1937, morì nelle prime ore del 1937, ossia nello stesso anno in cui, il 5 novembre, morì Chiovenda. Viene così meno un altro argomento per considerare Mortara un prechiovendiano e viene clamorosamente smentito chi, proprio dal punto di vista cronologico, considera Mortara un "antagonista non di Chiovenda, ma di Mattirolo" (17), che è morto nel 1904, trentatré anni prima di Mortara e di Chiovenda.

---

definizione che di se stesso dette L. MORTARA, *Lettera*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. XIV. Inutile dire che Mortara fu un sommo e non certo un maldestro esegeta.

(15) Cfr. L. MORTARA, *Recensione* a Garsonnet, *Trattato*, in *Giur. it.*, 1911, IV, c. 144.

(16) L. MORTARA, *Pagine autobiografiche*, in S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, p. 43, riferisce di essere stato sempre solo e afferma di avere perso troppo presto la moglie, "la sola persona" che aveva "colmato quel vuoto".

Il raffronto dell'originale delle *Pagine autobiografiche*, cit., con il testo pubblicato da Satta, consente tre piccoli rilievi: *a*) a p. 49, l'"avv. C. ..." (che aveva concesso al giovane Mortara l'alto onore di firmare assieme a lui la voce *Acquiescenza* scritta da Mortara), nell'originale è "l'avv. Cuzzeri", come, del resto, avevamo tutti già capito; *b*) a p. 58, l'inciso "(o sedici? dal 1886-87)" è sì presente nel manoscritto, ma non è di pugno di Lodovico, il quale, dunque, comprendendo i primi due mesi dell'anno acc. 1902-03, ricordava (bene) di avere insegnato per diciassette anni: qualcuno deve avere aggiunto "(o sedici? dal 1886-87)"; *c*) a p. 60, il 1904 (anziché 1902, a proposito dell'anno in cui fu presa la decisione di passare in magistratura) non è dovuto ad un errore di stampa, ma alla grafia di Mortara, che scrisse un 2 che sembra un 4.

(17) Così, invece, CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit., p. 241.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d) Mentre le pagine autobiografiche di Lodovico si chiudono sostanzialmente al 1923, gli *Appunti* di Giorgio arrivano sino al 1937. Ed è commovente apprendere che Lodovico Mortara "rallentò appena il ritmo del suo lavoro nel 1936, mettendo in ordine tutte le sue cose, quasi presago della prossima fine, che nessun indizio faceva prevedere agli altri". Gli "altri", evidentemente, non sapevano che nel 1936 era stato pubblicato il progetto Redenti, il primo, dopo quasi sessant'anni, a veder la luce senza l'intervento di Lodovico Mortara; e, forse, non avevano notato che dal 1° novembre di quel 1936 "Diritto processuale civile" aveva preso il posto nelle Università italiane di "Procedura civile", la scienza alla quale il figlio del rabbino di Mantova aveva dedicato la sua vita.

5. E veniamo al "rebus" del passaggio in magistratura. Come tutti sanno, Lodovico Mortara, nelle pagine autobiografiche, spiega il suo passaggio in magistratura col vantaggio di trasferirsi a Roma, con l'"aspirazione", "forse latente più che avvertita", "a rialzare il valore della funzione giudiziaria", e con alcuni "motivi *interni*", non esplicitati in precedenza ("qui mi piace dirli"), ma, a quanto pare, decisivi: l'"invasione dei germanisti" nelle Università italiane e il suo desiderio di "non farla da scolaretto al seguito dei nuovi maestri, quali si fossero" (18). Dal che a Satta (e a tutti noi) era parso di capire che Mortara, di fronte all'avvento di Chiovenda (che nel 1902 aveva appena trent'anni ed era ancora straordinario a Parma), avesse preferito, quasi riconoscendo la propria inferiorità, passare in magistratura (19).

In un mio recente saggio, pur non conoscendo quel che sull'attendibilità dei diari e delle memorie autobiografiche c'insegna Calamandrei (20), che ha anche lui scritto un diario (21) e che perciò

(18) Così MORTARA, *Pagine*, cit., p. 59.

(19) Cfr. S. SATTA, *Pagine autobiografiche di Lodovico Mortara*, in *Quaderni*, cit., I, p. 35.

(20) Cfr. P. CALAMANDREI, *Il Cellini uomo*, (1952), in ID., *Scritti e inediti celliniani*, a cura di C. CORDIÉ, Firenze, 1971, p. 5, secondo il quale le autobiografie vanno tutte prese con le molle. In particolare, secondo Calamandrei, la *Vita* di Cellini è "così sinceramente insincera" e così mossa non certo dal desiderio di riferire la verità, ma "dal superbo proposito di lasciare una rappresentazione di sé che lo faccia apparire e tramandi ai posteri come il ribelle apostolo della verità ad ogni costo": "l'unico amore

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deve averne parlato *cognita causa*, ho ritenuto di sollevare qualche dubbio sia sulla completezza delle *Pagine autobiografiche* di Mortara, sia sulla plausibilità dell'interpretazione sattiana. In particolare, sulla base del "trasferirmi a Roma", indicato da Mortara come primo dei vantaggi del cambio di *status*, mi è parso di poter dire che forse non è da escludere ch'egli scelse la magistratura pur di andare a Roma: si dà il caso, infatti, che, mentre Mortara, dalla cattedra di Napoli, "emergeva e dominava" nella procedura civile italiana (22), la Facoltà giuridica romana, ch'era presieduta da Vittorio Scialoja, maestro di Chiovenda, per coprire la cattedra di procedura resasi disponibile per il passaggio di Enrico Galluppi al Consiglio di Stato, chiese ed ottenne dal ministro Gallo che il civilista Vincenzo Simoncelli fosse comandato a insegnar procedura a Roma (23). Se un fatto del genere succedesse oggi, si scatenerebbe sicuramente il finimondo e, forse, qualcuno finirebbe col commettere qualche "follia". Possiamo perciò considerar certo che novant'anni fa si scatenò un finimondo e non dobbiamo meravigliarci se qualcuno finì col commettere qualche "follia". E se può anche darsi che il passaggio di Mortara in magistratura sia dipeso da altri fattori, è da escludere ch'egli sia rimasto insensibile al "comando" prima e alla chiamata dopo di Simoncelli a Roma.

Orbene, di quel comando e di quella chiamata, troppo scandalosi per essere dimenticati o, peggio ancora, ignorati, non è traccia né nelle *Pagine* di Lodovico, né negli *Appunti* di Giorgio. Il duplice silenzio, però, lungi dal fugare i miei sospetti, li avvalora. In particolare, a me sembra che quei sospetti ricevano indiretta conferma

---

al quale rimase fedele fino alla morte fu quello svisceratissimo per la sua propria smisurata eccellenza" (ivi, pp. 6, 7 e 29). Le ricerche e gli studi di Calamandrei (1889-1956) su Cellini (1500-1571) si devono alla "curiosità professionale" di Calamandrei, portato — come avvocato (!) — "a fare qualche ricerca d'archivio sulle vicende giudiziarie" (così, con superba modestia, CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 3 s., che naturalmente non era meno eccellente di Cellini).

(21) Cfr. P. CALAMANDREI, *Diario 1939-1945*, 2 voll., a cura di G. AGOSTI, Firenze, 1982.

(22) Così P. BONFANTE, *Vincenzo Simoncelli*, in ID., *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, p. 523.

(23) V. il mio *Le dimissioni*, cit., § 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dagli *Appunti* di Giorgio e, soprattutto, dal loro raffronto con le *Pagine* paterne.

Invero, gli *Appunti* di Giorgio Mortara, pur risolvendosi in larga parte in un compendio delle *Pagine* di Lodovico, sono preziosi perché spiegano l'esodo in magistratura con ragioni che nulla hanno a che vedere con quelle addotte dal padre e senza accennare ai "motivi interni" del padre. Proprio per questo, però, essi per un verso ci consentono di esser certi che Giorgio, consapevole della delicatezza dei "motivi interni", decise di non divulgarli, per l'altro ci fanno capire ch'egli dovette avvertire che la fatale decisione paterna, senza quei motivi, restava priva di ogni giustificazione, e per l'altro ancora ci dimostrano che il loro autore, non immaginando che il padre, nel 1969, quando furono pubblicate le *Pagine autobiografiche*, l'avrebbe smentito, dové pensare che la cosa migliore fosse di giustificare quella decisione con la più banale delle ragioni, il bisogno di un po' di "tranquillità".

Giorgio Mortara, infatti, pur dando atto che il padre fu un "instancabile lavoratore" che non conosceva il significato della parola "riposo", afferma ch'egli, una volta chiamato alla cattedra di procedura della "metropoli meridionale", si ritrovò talmente oberato di "richieste di pareri e di patrocinio" (24), da "sentire vivo desiderio di una maggiore tranquillità di vita. Desiderio che poté essere soddisfatto quando, nell'autunno del 1902 gli giunse inattesa, dal Ministro della Giustizia, la proposta di passare alla magistratura come Consigliere della Corte di cassazione di Roma".

Ne dovremmo dedurre che Lodovico Mortara, che fino all'ultimo giorno della sua lunga vita ha dimostrato coi fatti di essere uno studioso fecondissimo e una vera e propria forza della natura, a 47 anni, quando doveva trovarsi nel pieno delle forze fisiche e intellettive, avvertì improvvisamente il bisogno, tanto impellente quanto passeggero, di un po' di "tranquillità". Non solo, ma, a voler seguire Giorgio Mortara, noi dovremmo anche esser disposti a credere che il padre sia stato proprio sfortunato (o, a seconda dei punti di vista,

(24) Anche V. Arangio Ruiz, *In memoria di Carlo Fadda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 606, ricorda che Mortara, nel periodo in cui insegnò a Napoli, fu, con Emanuele Gianturco e Carlo Fadda, tra i massimi protagonisti, come difensore, delle udienze della Cassazione napoletana.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fortunato...), in quanto l'"inattesa" (!) proposta di passare in magistratura, che in un qualsiasi altro momento avrebbe respinto, gli fu formulata proprio nel breve periodo in cui era disperatamente in cerca di "tranquillità"!

Ora, anche a voler prescindere dalla contraddizione in termini a proposito dell'"instancabile lavoratore" amante della "tranquillità" (forse del mare della Tranquillità, quello che si trova sulla luna...); e anche a non voler ricordare che lo stesso Lodovico Mortara è più che chiaro nel farci capire che la c.d. tranquillità non ebbe alcun rilievo e che la c.d. proposta non gli giunse affatto "inattesa" (25), se Giorgio Mortara avesse studiato fisica (come sua sorella Nella, che fu una dei celebri ragazzi di via Panisperna) o zoologia (come sua sorella Silvia, che fu allieva del grande Federico Raffaele), noi potremmo anche pensare ch'egli non sapesse o non potesse capire come erano andate le cose. Ma, dal momento ch'egli, come abbiamo appena appreso dal suo *curriculum*, studiò giurisprudenza e si laureò a Napoli nel 1905, è difficile credere che nel 1902, pur essendo un semplice studente del second'anno di giurisprudenza, non si fosse avveduto delle conseguenze che il passaggio di suo padre dalla cattedra di Napoli alla Cassazione di Roma provocava in campo accademico: quanto meno, io direi, egli dové capire che l'anno dopo (allora la procedura s'insegnava al terz'anno) gli sarebbe toccato studiar procedura con un altro docente.

Si aggiunga che Giorgio Mortara, allorché suo padre passò alla Cassazione di Roma, non si trasferì all'Università di Roma, ma restò iscritto a Napoli. Io credo, però, ch'egli dové pur chiedersi se, quanto meno ai fini degli esami o della tesi, gli convenisse o no trasferirsi a Roma. Possiamo perciò esser certi ch'egli sapeva benissimo che a Napoli la procedura, in attesa dell'espletamento del concorso bandito nel 1903 per coprire la cattedra lasciata vacante dal padre (e trionfalmente vinta nel marzo del 1905 dallo straordinario Chiovenda, che prevalse sull'ordinario Carlo Lessona, allievo di Mortara) (26), era insegnata per incarico dal commercialista

(25) Cfr. MORTARA, *Pagine*, cit., p. 60.

(26) Per capire la storia della procedura civile italiana è fondamentale capire la posizione di Lessona, intorno alla quale ruota quella di Calamandrei, che è lo studioso dalla "fantasia sbrigliata" (così P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, p. 77) che ha

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alberto Marghieri; e possiamo esser sicuri ch'egli, molto probabilmente, sapeva ancora meglio che, se si fosse trasferito a Roma, gli sarebbe toccato di sostenere l'esame di procedura col prof. Vincenzo Simoncelli, il civilista comandato a insegnar procedura nella capitale d'Italia e nella facoltà di Scialoja. Insomma, Giorgio Mortara, laureato in giurisprudenza a Napoli nel 1905, professore per vent'anni in facoltà giuridiche italiane e pontefice massimo degli statistici italiani, nel 1955, quando scrisse per Ernesto Battaglini gli *Appunti* che ora vedono la luce, non poteva non sapere che nel 1901, quando il padre aveva appena finito di riformare il processo civile italiano, Simoncelli fu chiamato dal civile di Pavia alla procedura di Roma; e non poteva non capire ch'era ben strano che suo padre, nelle pagine autobiografiche, non avesse neppure accennato al grave torto che gli era toccato di subire. Egli, dunque, poteva pure non sapere del comando (il che mi pare improbabile, ché la cosa dové fare scalpore, tanto da esser pressoché certi che Giorgio, se non l'apprese in famiglia, l'apprese all'Università, se non da studente, sicuramente da docente), ma, per il resto, doveva sapere tutto, ivi compresi (almeno dacché, alla morte del padre, ebbe modo di leggerne le pagine autobiografiche) i "motivi interni". Ciò significa ch'egli, sia pure all'intuibile e apprezzabile scopo di rispettare la versione delle pagine autobiografiche del padre, preferì sorvolare.

6. Sennonché, sorvolare è diverso da tacere, ché vi è il rischio che scappi qualche parola di troppo. A Lodovico Mortara, nelle pagine autobiografiche, scappò di dire che il primo dei vantaggi del passaggio in magistratura fu il trasferimento a Roma, che mi ha messo sulla pista della cattedra di Roma; a Giorgio Mortara scappa di dire che il padre si determinò ad accettare la nomina a consigliere di cassazione per "la speranza che l'alta e serena dignità del nuovo ufficio gli permettesse di adempiere con ancor maggiore efficacia la sua missione di propugnatore di riforme dell'ordinamento giuridico e di miglioramenti nell'amministrazione della giustizia".

Di fronte a questa spiegazione, l'incomprensibile passo delle

---

finora scritto la nostra storia. Mi sia consentito rinviare al mio *Storie di processualisti*, cit., cap. III, V, VIII e XII.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pagine autobiografiche sull'"immancabile influenza" che avrebbe esercitato sulla fatale determinazione la riforma del procedimento sommario (27), e le parole del Calamandrei del 1924, che ci parla di un Mortara che "spazia al di sopra delle scuole" (28), acquistano agli occhi miei un ben preciso significato, avvalorando in me il convincimento che Mortara sia passato in magistratura per porsi, con sovrano distacco, al di sopra della mischia accademica e per procurarsi nell'ambitissima e (specie allora) mitica Roma un posto dal quale gli fosse più facile continuare a fare quello che aveva fatto nel 1901 e che evidentemente gli era particolarmente piaciuto: legiferare.

Ora, il piano aveva una sua logica, ma, per capirla, bisogna avere idee chiare sul Mortara del 1902 e sulla Corte di cassazione di Roma nello stesso anno.

Mortara, nel 1902, era il più autorevole dei processualisti, l'unico che svettasse al di sopra di tutti, ben più su dello stesso Mattirolo, che aveva dalla sua il monumentale *Trattato*, ma che mancava non solo e non tanto "del senso pratico che deriva dall'esperienza professionale" (29), ma anche e soprattutto, secondo me, della *vis* polemica necessaria per imporsi in certe situazioni: di fronte ai progetti di riforma del procedimento sommario avutisi tra il 1878 e il 1900, mentre Mattirolo, convinto fautore (e forse non a torto) della perfezione del procedimento formale, si limitò a scriverne nelle varie edizioni del *Trattato* (30), Mortara scese in campo con vasti saggi critici (31), facendo il vuoto intorno a sé, tanto da indurre il

(27) Cfr. MORTARA, *Pagine*, cit., p. 58.

(28) Cfr. P. CALAMANDREI, *La terza edizione dei "Principii" di Giuseppe Chiovenda*, in *Arch. giur.*, 1924, p. 227 (ripubblicato, con il titolo *Il sistema*, in ID., *In memoria di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1938, p. 3 ss.; *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 217 ss.; *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, X, Napoli, 1985, p. 40 ss.

(29) Così MORTARA, *Pagine*, cit., p. 59.

(30) Cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*[5], III, Torino, 1901, p. 402 ss.

(31) Cfr. L. MORTARA, *Sui progetti di riforma dei procedimenti civili*[2], Mantova, 1886, ove son contenute la relazione del 1879 e del 1881; *La relazione sulla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Temi veneta*, 1884, p. 561 ss.; *La riforma del processo sommario*, in *Mon. trib.*, 1891, p. 361 ss.; *Riforme al codice di procedura civile per migliorare il procedimento sommario ed accelerare i giudizi di esecuzione*, in *Il Filangieri*, 1891, p. 678 ss.; *Per la riforma dei procedimenti di esecuzione forzata*, Napoli, 1901.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parlamento e il governo, nel 1901, ad arrendersi e a fargli fare quello che voleva. La grande riforma del 1901 è infatti tutta opera di Mortara, che si ritrovò così al settimo cielo.

Si aggiunga che Mortara, dal 1892, dirigeva insieme al più anziano Carlo Francesco Gabba, la *Giur. it.*, ma non credo che non si fosse capito che il vero direttore, quello che mandava mensilmente avanti la rivista, era lui. E poiché la *Giur. it.* di allora dominava non solo la scena giudiziaria, "marcando" mensilmente le cinque cassazioni e la neonata IV Sezione del Consiglio di Stato, ma anche quella accademica, recensendo (con fior di stroncature...) tutto e tutti, si può ben capire che il Mortara del 1902 doveva essere qualcosa tra il Francesco Carnelutti della *Riv. dir. proc.*, che sfornava libri e articoli a getto continuo e che recensiva tutto e tutti, il Virgilio Andrioli del *Foro it.*, cui non sfuggiva una sentenza, e il Gino Giugni dello Statuto dei lavoratori, ossia, dunque, un fecondissimo giurista-legislatore, uno studioso impegnato in prima linea per fare dell'Italia uno Stato libero e moderno, un autorevolissimo dispensatore di sovrane bacchettate e, più di rado, di regali encomi alla dottrina e alla giurisprudenza.

Per finire, si consideri che Mortara aveva una scuola fiorentissima ed era il maestro di due nuovi astri, il processualista Carlo Lessona (32) e l'amministrativista Federico Cammeo (33), nonché, forse, dei pisani Vittorio Tiranti (34) e Agostino Diana (35) e dei

---

(32) Carlo Lessona (1863-1919) conseguì la docenza in procedura nel 1895 a Pisa, ove insegnava Mortara, e fu portato in cattedra da Mortara (v. il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. I). I due, per una decina d'anni, si mossero all'unisono, manifestandosi stima e affetto: v. L. MORTARA, *Recensione* a Lessona, *I libri di commercio*, in *Giur. it.*, 1894, IV, c. 171; *Recensione* a Lessona, *Teoria delle prove*, ivi, 1895, IV, c. 74 ss.; C. LESSONA, *L'indirizzo scientifico della procedura civile*, in *Studi senesi*, 1898, p. 33 ss. e poi in ID., *Scritti minori*, I, S. Maria Capua Vetere, 1911, p. 279 ss. Dopo il 1905, anno al quale risale l'ultimo scritto di Lessona sulla *Giur. it.* e la sua sconfitta nel concorso di Napoli (che segnò il trionfo di Chiovenda), i buoni rapporti tra Mortara e Lessona si infransero. V. *amplius* la mia *op. ult. cit.*

(33) Che Cammeo fosse allievo di Mortara, al quale dedicò il *Commentario*, è pacifico: v. GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 134.

(34) Tiranti conseguì la libera docenza in procedura nel 1894 a Pisa, ove dal 1886 insegnava Mortara. Peraltro, nel senso ch'egli fosse allievo di Santi Romano, al quale dedicò un libro nel 1911, v. V. DENTI, *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 350.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

napoletani Michele de Palo ([36]), Francesco Ferrara ([37]) e Vincenzo Galante ([38]). Egli, quindi, nel 1902 era senza dubbio "il primo dei proceduristi" italiani ([39]), a gran distanza da tutti gli altri ([40]): vincitore di due concorsi a cattedra ([41]) (quando i più venivano nominati professori *ex* art. 69 della legge Casati, ossia per "chiara fama" accertata dal ministro...), titolare della cattedra della "metropoli meridionale", fondatore e presidente dell'Università popolare di Napoli ([42]), direttore della *Giur. it.*, autore del commento al IV libro del cod. comm., della monumentale voce *Appello civile*, del modernissimo *Commentario*, di due manuali Barbèra (uno sulla procedura, l'altro sull'ordinamento giudiziario) e dell'attesissima riforma del procedimento sommario, maestro *in utroque* (procedura civile e amministrativa). A rifletterci, per sentirsi ufficialmente riconosciuto da tutti come il pontefice massimo della procedura civile italiana, gli mancava solo la cattedra di Roma, ch'era già allora il simbolo del primato.

Ebbene, in questa situazione, non sorprende che un sommo come Mortara, di fronte all'affronto del comando e della chiamata del civilista Simoncelli alla cattedra di procedura di Roma, abbia

---

([35]) Cfr. l'affettuoso ricordo di A. DIANA, *Lodovico Mortara*, in *Ann. Univ. Pisa 1936-37*, Pisa, 1937, p. 516.

([36]) de Palo scrisse il suo primo libro nel 1901 ed era libero docente a Napoli, ove da tre anni insegnava Mortara (v. M. DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901). Egli, peraltro, nel 1909, attaccò duramente il mortariano (secondo) progetto Orlando: v. ID., *La riforma della procedura civile nel Progetto Orlando*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 682 ss.

([37]) Considererei certo che Ferrara fosse allievo di Mortara, al quale dedicò un libro (v. L. FERRARA, *L'esecuzione forzata indiretta*, Napoli, 1915) e col quale si schierò all'indomani dell'epurazione e alla vigilia della Sottocommissione C (v. ID., *Verso i nuovi codici*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 39 ss.).

([38]) Anche per Galante sarei certo della sua appartenenza alla scuola di Mortara: v., all'indomani della sua scomparsa, le affettuose parole di (L. MORTARA), *Recensione* a Galante, *Scritti giuridici*, in *Giur. it.*, 1914, IV, c. 107.

([39]) Così lo stesso MORTARA, *Pagine*, cit., p. 60.

([40]) Cfr. ancora MORTARA, *Pagine*, cit., p. 59, che assicura che il suo primato "era determinato specialmente dalla inferiorità dei colleghi di cattedra".

([41]) Mortara vinse sia il concorso per straordinario a Pisa sia quello per ordinario a Catania.

([42]) Cfr. *L'università popolare di Napoli*, anno I, n. 1, 18 marzo 1901, ove, a p. 2 ss. la prolusione di L. MORTARA, *La sovranità civile della scienza*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritenuto di poter considerare esaurita la propria carriera universitaria e abbia preferito andarsene sdegnosamente alla Cassazione di Roma, che a quel tempo era l'unica ad occuparsi del penale, l'unica con una vasta competenza esclusiva nel campo civile, l'unica con le sezioni unite, l'unica a sedere... a Roma. Perciò, andare alla Cassazione di Roma era allora un po' come andare oggi alla Corte costituzionale: il primato scientifico, se già conquistato, non viene posto in crisi e, anzi, ne esce rafforzato. Per di più, gli alti magistrati di cent'anni fa sapevano bene, al pari di quelli di oggi, di contare a livello legislativo molto più di un professore universitario, ché è un po' difficile che una qualsiasi riforma, specie se di carattere processuale, passi contro il parere (semmai di cinquanta o di cento pagine...) del presidente o del procuratore generale della Cassazione. E poiché l'esperienza della riforma del procedimento sommario gli doveva essere particolarmente piaciuta...

Il piano, dunque, era, secondo me, questo: conservare il primato scientifico; spaziare al di sopra delle scuole controllando dall'alto, grazie a Lessona e Cammeo, l'evoluzione della scienza processuale in Italia; legiferare e amministrare la giustizia in Roma e da Roma a dispetto di Vittorio Scialoja, dei suoi germanisti e del suo strapotere nella facoltà giuridica romana.

Sennonché, il figlio del rabbino, subito dopo il cambio di *status*, commise un errore che mandò all'aria tutto il suo piano: mentre era in fase di svolgimento il concorso bandito (a quanto pare per Lessona, che insegnava a Pisa, ove era succeduto al suo maestro quando questi, nel 1898, fu chiamato a Napoli) dalla Facoltà giuridica napoletana per provvedere alla sua sostituzione, attaccò violentemente il metodo del giovane allievo di Scialoja, Giuseppe Chiovenda ([43]), con conseguenze che oggi ci possono fare anche sorridere, ma che all'epoca dovettero essere devastanti. Scialoja, punto sul vivo, si scatenò con tutta la sua potenza, sì che Lessona perse fragorosamente il concorso di Napoli, Chiovenda, almeno in campo amministrativo e accademico, fu portato al settimo cielo, Mortara e Lessona finirono col litigare, Lessona e Chiovenda, divisi da un abisso metodologico, si ritrovarono entrambi schierati contro

([43]) Cfr. L. MORTARA, *Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice di appello in tema d'esecuzione provvisoria*, in *Giur. it.*, 1903, I, 2, c. 469 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Mortara, il quale, dal fare il legislatore "al di sopra delle scuole", si ritrovò fuori gioco. Uno sconquasso. Cui si aggiunsero nel 1923 l'epurazione, nel 1924-26 il malgoverno della presidenza della Sottocommissione C, che portò al progetto Carnelutti, e nel 1926-27 l'incredibile lettera per le onoranze a Chiovenda, che portò Cammeo e Calamandrei a solidalizzare con Chiovenda e, conseguentemente, al mito di Chiovenda e alla chiusura del libro di Mortara (44).

Orbene, è mio convincimento che di questo sconquasso Giorgio Mortara sapesse. Egli, oltre tutto, non poteva non sapere che suo padre era stato l'unico professore universitario che in questo secolo avesse lasciato la cattedra per la magistratura e perciò non poteva non sapere quanto diversa sarebbe stata la vecchiaia del padre se fosse rimasto in cattedra. Per di più, non credo proprio ch'egli ignorasse la sorte che fu riservata all'ambizione paterna di legiferare e, in particolare, per usare le sue stesse parole, alle "riforme processuali sognate" dal padre: Lodovico Mortara fece molte leggi (45), fece persino un codice, quello — civilissimo — di procedura penale del 1913, ma, per la procedura civile, anche da guardasigilli, fece (poté fare) "molto poco" (46), ché non gli permisero di fare di più. I mortariani progetti Orlando del 1908-09 furono sepolti sotto gli attacchi di (in ordine di tempo) Chiovenda, Scialoja e de Palo (47); il mortariano giudice unico del 1913 cadde sotto gli strali di (sempre in ordine di tempo) Lessona, Chiovenda, Scialoja, Castellari e Calamandrei (48); il progetto di c.p.c. del 1923 finì con l'essere annientato dal carneluttiano progetto della Sottocommissione C. Per fortuna, si salvò il decreto ingiuntivo.

Si spiega a questo punto il silenzio del figlio. Lodovico Mortara, per via del suo orgoglio e della sua intransigenza, e sia pure con l'attenuante della provocazione, commise un grande errore, l'abbandono della cattedra (per di più in un momento crucialissimo per la

---

(44) V. *amplius* il mio *Storie di processualisti*, cit.

(45) L'attività legislativa di Mortara, espletata in mille commissioni, da studioso, da senatore e da guardasigilli, e durata più di trent'anni (le prime notizie risalgono, per quanto ne so, al 1894, quando fu chiamato a riformare il cod. comm.: v. *Riv. it. scien. giur.*, 1894, p. 311), meriterebbe di essere riesumata e divulgata.

(46) Così MORTARA, *Pagine*, cit., p. 63.

(47) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. IV.

(48) V. il mio *Storie di processualisti*, cit., cap. VI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sua scuola), rovinando se stesso, la sua scuola e, almeno dal suo punto di vista, la procedura civile italiana. Meglio, dunque, sorvolare; meglio presentarlo come un instancabile lavoratore improvvisamente bisognoso di un po' di riposo; meglio tacere di Lessona, Cammeo, Galluppi, Scialoja, Simoncelli, Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei; meglio non protestare contro l'inverosimile parificazione a Castellari. Con la conseguenza che i Mortara, padre e figlio, hanno finito col dar man forte a Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei nel minimizzare agli occhi nostri la figura e le opere di Lodovico Mortara, tanto che a noi è parso del tutto normale che nella calamandreiana relazione del guardasigilli Grandi al c.p.c. 1940 il nome di Lodovico Mortara neppure compaia (49). Mentre è chiaro che quella omissione è una delle mille manifestazioni della "violenta sopraffazione" di cui fu vittima il "grande libro" di Mortara (50), una sopraffazione che, ovviamente, non ha oggi più ragione di essere.

7. Passiamo all'elenco dei pareri *pro veritate* compilato dal dott. Alberto Mortara, che ne possiede i manoscritti originali. L'opportunità di pubblicarlo è data, secondo me, dalla necessità di respingere coi fatti il giudizio espresso da chi, portando all'estremo la "sopraffazione", si spinse sino a contestare che Lodovico Mortara fosse stato un buon avvocato: Francesco Carnelutti (51).

102 pareri *pro veritate* su delicate questioni sorte nelle più diverse città italiane e riguardanti le più disparate materie e i nomi più prestigiosi dell'Italia degli anni venti, dimostrano che nel 1924-28 l'epurato Lodovico Mortara era, per gli avvocati italiani, un sommo cui era il caso di rivolgersi per dipanare intricate matasse. E credo che questo sia più che sufficiente per dimostrare quanto

(49) La relazione al c.p.c. 1940 fu redatta da Calamandrei, il quale assicura che all'ultimo momento "*tutti gli accenni al Mortara*" furono personalmente soppressi dal guardasigilli Grandi, che soppresse anche la frase sull'"apostolato" di Chiovenda: v. CALAMANDREI, *Diario*, cit., I, p. 254 (corsivo nel testo). Sta di fatto che nella relazione, mentre non è traccia di Mortara, l'"apostolato" di Chiovenda è ancora ben leggibile (§ 3). Da notare che D. GRANDI, *Il mio paese*, Bologna, 1985, pp. 486-487, afferma che Chiovenda aveva fatto "una specie di apostolato" e non conferma di avere soppresso alcunché nella relazione approntata da Calamandrei.

(50) Così SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., p. 460.

(51) Cfr. CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit., p. 241.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ingiusto sia stato Carnelutti con Mortara. Che poi l'ingiustizia affondasse le sue radici nel boicottaggio di Mortara al progetto Carnelutti, è altro discorso.

Quei 102 pareri, però, nella misura cui vanno dal 1924 al 1928, non dimostrano solo quanto grande Mortara sia stato pure come avvocato, ma anche quanto "bugiardo" egli sia stato nel dirsi, il 16 settembre 1926, "nell'impossibilità assoluta di dettare uno scritto" in onore di Chiovenda (52). L'impossibilità può essere "assoluta" solo se si sta poco bene. Mortara, invece, in quel periodo stava benissimo, come lo era sempre stato in precedenza e come lo sarebbe stato ancora per dieci anni, addirittura, come ora ci assicura il figlio, fino a poche settimane prima di morire. Perciò, anche a voler prescindere dai cinque articoli ch'egli pubblicò tra il 1926 e il 1927 (53), è del tutto evidente che, se avesse voluto, gli sarebbe bastato poco per trasformare uno dei 102 pareri che aveva già scritto in un saggio in onore di Chiovenda. Invece, no: egli era "nell'impossibilità assoluta" di onorare Chiovenda. Chi volesse spiegare quell'"assoluta" con l'emicrania, dovrebbe ora tener conto anche dei 102 pareri.

8. Per finire, la bibliografia. È probabile che sia incompleta, ma è certo che siamo molto vicini alla completezza: e sono 350 opere, alcune delle quali (i commentari al c.p.c., al c.p.p. e al cod. comm. e la voce *Appello civile*) ammontano da sole a più di diecimila pagine. Che è un numero che si commenta da solo. Se poi si considera che Mortara, dal 1903 al 1936, fu uno studioso diciamo così "a tempo definito", allora si comprenderà ch'egli è stato tra i più fecondi giuristi italiani.

La conclusione è che le "poche cose minori" di Lodovico Mortara sono piuttosto ingombranti, tanto che, unite alle maggiori, fan sorgere problemi di spazio in ogni biblioteca. E son "cose"

---

(52) Così MORTARA, *Lettera*, cit., p. XIV.

(53) V. L. MORTARA, *Azioni privilegiate nel voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 334 ss.; *Alcune osservazioni intorno alle norme restrittive della vendita degli immobili destinati a industria alberghiera*, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, c. 1 ss.; *Nuova discussione circa le norme restrittive delle vendite e delle locazioni di immobili ad uso di alberghi*, ivi, 1927, I, 1, c. 1249 ss.; *Legittimità e insindacabilità in sede giurisdizionale dello "Statuto successorio nei titoli e negli attributi nobiliari" promulgato col reale decreto 16 agosto 1926, n. 1489, ibidem*, III, c. 231 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

molto meno vecchie e superate di quanto si potrebbe pensare, tanto che, sovente, verrebbe fatto di considerarle attualissime. Per esempio, quella qui ripubblicata, la prolusione pisana su *La lotta per l'uguaglianza*, potrebbe pure sembrare un commento dell'art. 3 della Costituzione repubblicana. Anzi, per vero dire, più che un commento, sembra la direttiva alla quale si ispirarono i costituenti: "nessun ostacolo artificiale sia frapposto dalle istituzioni dei consorzi umani allo svolgimento delle singole energie individuali"; "il principio della uguaglianza di diritto non ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell'ordine di natura sono inevitabili. Ma l'uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento" (54). Non sembra il testo dell'intervento del "relatore di maggioranza" nella discussione che portò alla norma fondamentale della Costituzione della Repubblica italiana?

(54) Così L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, Prolusione al corso di diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa nell'anno 1888-89, Pisa, 1889, pp. 21 e 26 (corsivo nel testo).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

† GIORGIO MORTARA

APPUNTI BIOGRAFICI SU LODOVICO MORTARA

Lodovico Mortara nacque in Mantova il 16 aprile 1855, da Marco Mortara, Rabbino Maggiore di quella Comunità Israelitica, e Sara Castelfranco.

Marco Mortara era uomo di vasta e profonda dottrina; egli conseguì fama internazionale tra gli studiosi di storia della religione ebraica. Ed era anche, e soprattutto, uomo di grande rettitudine. Il suo studio, nobilitato da una ricca biblioteca, non solo teologica, ma anche filosofica, storica, scientifica e letteraria, fu, ai tempi della dominazione austriaca, un focolare d'italianità. Dopo la liberazione di Mantova e del Veneto, gli fu conferita dal governo di Vittorio Emanuele II, per riconoscimento della sua opera patriottica, la Croce dei SS. Maurizio e Lazzaro, onore che a quell'epoca si distribuiva con parsimonia.

I suoi principii morali e la sua costante aspirazione — espressa anche nelle sue opere — a conciliare in una suprema sintesi di fraternità umana le rivelazioni della religione e le scoperte della scienza, influirono profondamente sulla formazione etica ed intellettuale dei figli. Due di questi erano maschi: Lodovico ed Aristo, che percorse la carriera della magistratura, meritando alta stima per il suo sapere e la sua integrità e raggiungendo il più alto grado, quello di Primo Presidente di Corte di Cassazione. V'erano anche due figlie, che vissero in costante armonia coi fratelli, pur essendo state allontanate da loro per le vicende della vita.

* * *

Lodovico, dotato di vivace intelligenza e preparato agli studi mercè la coltura assimilata nel contatto col padre e nella consuetudine con la sua biblioteca, percorse rapidamente i primi gradi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'istruzione, tanto che già nell'anno scolastico 1866-67 potè ottenere l'ammissione alla 5ª classe ginnasiale; seguì, poi, i corsi regolari del liceo, dove ebbe come professore, tra gli altri, Roberto Ardigò.

Dal liceo di Mantova passò all'università di Modena, dove conseguì, nel 1874, a diciannove anni, la laurea in giurisprudenza, discutendo una tesi su argomento di procedura civile, che fu dichiarata degna di stampa, ma non fu mai stampata per saggia volontà dell'autore.

Già prima della laurea egli aveva iniziato la pratica di procuratore e di avvocato, e la continuò in Mantova, dov'era allora in corso di definitiva applicazione la legislazione processuale italiana.

Compiuto il biennio di pratica, ed ottenuti i diplomi di procuratore e di avvocato, rimase, fino alla metà del 1881, nello studio dove aveva incominciato l'esercizio della professione.

Intanto, diffondendosi la fama della sua speciale competenza nella procedura civile, egli era stato invitato a collaborare, e di fatto collaborò, ad un periodico giuridico, la "Gazzetta Legale", che era pubblicato a Genova. E, nel 1879, il Consiglio di Disciplina dei Procuratori di Mantova gli aveva dato l'incarico di preparare una relazione sul progetto di riforma del procedimento sommario, allora presentato al Senato. Questa relazione fu stampata e distribuita a senatori e deputati.

Abortito quel progetto di riforma, ne fu proposto un altro nel 1881, essendo Ministro della Giustizia Zanardelli; e la direzione del "Monitore dei Tribunali" invitò Mortara a redigerne uno studio critico, con proposte a guisa di controprogetto. Anche questo studio ebbe larga diffusione nelle sfere parlamentari.

Incoraggiato per il crescente riconoscimento della sua opera scientifica, si decise ad aprire studio per conto proprio. Nello stesso anno (1881) ebbe principio la sua collaborazione al "Digesto Italiano", con la voce "Acquiescenza" (che fu redatta interamente da lui, sebbene vi figuri, accanto al suo, un altro nome): collaborazione che culminò più tardi nell'ampia monografia sull'"Appello civile".

In questi primi anni di attività libera, collaborò anche ad altre riviste giuridiche ("Foro Italiano", "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche"), costituendosi un complesso di titoli più che sufficiente per il conseguimento della libera docenza, che gli fu concessa, nell'Università di Bologna, nel 1882.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Negli anni 1883 e 1884 preparò il commento del quarto libro del codice di commercio, di cui curò poi le successive edizioni fino alla sesta.

Svolse anche qualche attività politica locale, essendosi iscritto, intorno al 1880, nella "Società Democratica", seguace delle idee di Zanardelli. Eletto consigliere comunale, entrò a far parte della Giunta e si occupò intensamente dell'amministrazione municipale. Non rallentò, tuttavia, il lavoro scientifico; meno curò quello professionale.

* * *

Un avvenimento di questo periodo, che esercitò influenza decisiva sul corso della vita di Lodovico Mortara, fu il suo matrimonio, celebrato nell'ottobre del 1883, con Clelia Vivanti, che gli fu poi per ventotto anni compagna amorosa e consigliera intelligente. Ella era figlia di Guglielmo Vivanti, probo cittadino, e sorella di Giulio Vivanti, matematico di fama internazionale, che ha onorato la cattedra e la scienza italiana.

Il desiderio di aprire a se stesso, ed ai figli futuri, più vasto orizzonte, e la sua scarsa simpatia per l'esercizio dell'avvocatura, contribuirono ad orientare l'attività di Mortara verso la meta, che ormai non gli pareva più irraggiungibile, della conquista d'una cattedra universitaria. Egli intensificò il lavoro dell'"Appello civile" e pubblicò un volume su "Lo Stato moderno e la giustizia", in cui esaminava il problema delle istituzioni giudiziarie nel nuovo diritto pubblico italiano, discutendo e proponendo adeguate soluzioni.

Nella primavera del 1886, in occasione di una gita a Torino, si recò a visitare Luigi Mattirolo, tenuto allora per il maggior procedurista italiano, il quale, accogliendolo con grande cordialità, lo esortò a partecipare al concorso, già bandito, per la cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario nell'Università di Pisa.

Mortara seguì il consiglio, e si presentò anche al concorso bandito per la stessa cattedra nell'Università di Catania. Vinse l'uno e l'altro, ed essendo per ordinario il concorso di Catania — mentre quello di Pisa era stato per straordinario —, potè ottenere fino dal 1888, cioè nel corso del suo secondo anno d'insegnamento, la promozione ad ordinario.

Già nell'anno precedente gli era stato conferito, per proposta di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Filippo Serafini, l'incarico dell'insegnamento del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (corso biennale), e per la preparazione di questo corso egli cominciò ad estendere e approfondire la sua coltura nelle materie del diritto pubblico.

Nelle vacanze estive del 1887 cominciò a scrivere, per l'Unione Tipografica Editrice Torinese, il "Manuale di Procedura Civile", di cui la prima edizione fu pubblicata nel 1888. Ampliata ed aggiornata a varie riprese, quest'opera giunse alla nona edizione nel 1921, e l'autore le aggiunse un'appendice nel 1923.

Nel 1888, Mortara ebbe la soddisfazione di riunirsi con la moglie e col figliuoletto (nato nel 1885), che in un primo tempo erano rimasti a Mantova, in attesa che egli si trovasse nella possibilità di metter casa a Pisa. Altri due figli gemelli, un maschio e una femmina, si aggiunsero nel 1889, e due altre bambine nel 1893 e nel 1894.

Con l'anno scolastico 1888-89, lasciato l'incarico del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, egli assunse per desiderio della Facoltà quello del diritto costituzionale, che tenne per dieci anni. Fu pubblicata la sua prolusione, su "La lotta per l'uguaglianza", analisi del contrasto fra la necessità dell'uguaglianza di diritto e le difficoltà dell'uguaglianza di fatto tra i membri della società.

Egli stesso ebbe a dichiarare che gli studi cui si dedicò per poter svolgere degnamente il corso di diritto costituzionale gli apersero nuove vedute nel campo del diritto processuale. E ne fanno testimonianza specialmente il primo ed il secondo volume del "Commentario del codice e delle leggi di procedura civile", edito dalla ditta Dr. Francesco Vallardi, la cui pubblicazione, a fascicoli, fu iniziata nel 1897. L'ultima edizione di quest'opera, in cinque volumi, è quella del 1923, quinta del primo volume e quarta dei successivi.

Accanto al monumentale "Commentario" merita ricordo il piccolo manuale Barbèra, "Istituzioni di procedura civile", di cui la prima edizione è del 1889 e l'ultima riveduta dall'autore del 1935.

* * *

A partire dal 1892, una larga parte dell'attività di Mortara fu dedicata alla "Giurisprudenza Italiana", antico periodico di cui

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

assunse in quell'anno la direzione, che mantenne ed esercitò di fatto fino alla sua morte.

Alla scelta del materiale da pubblicare, al riassunto in brevi "massime" dei principii stabiliti nelle sentenze, alla revisione delle bozze di stampa, alla compilazione degli indici, e più tardi alla preparazione del "Repertorio generale della Giurisprudenza Italiana", egli attese con inesauribile energia ed assidua diligenza, da solo nei primi anni e con limitato aiuto nei successivi.

Innumerevoli note critiche a sentenze — note spesso non firmate per un senso di modestia dell'autore, che tuttavia era rivelato dallo stile inconfondibile — comparvero, nel corso di nove lustri, nelle pagine dell'autorevole periodico, esercitando notevole influenza sulla dottrina e sulla giurisprudenza.

Dal 1892 Mortara abbandonò quasi completamente la collaborazione ad altre riviste; negli ultimi anni precedenti, oltre che in quelle già ricordate, aveva scritto nella "Temi Veneta".

Nel 1898, invitato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli ad assumervi la cattedra di procedura civile e ordinamento giudiziario, accettò e si trasferì, con la famiglia, nella metropoli meridionale.

Continuando ivi, con maggior risonanza, la sua opera didattica, scientifica e giornalistica, ebbe anche occasione di estendere l'attività professionale: le richieste di pareri e di patrocinio si andarono moltiplicando. Finirono per esserne eccessivamente gravate le spalle, pur tanto robuste, dell'instancabile lavoratore, ugualmente scrupoloso nell'adempimento di tutti i suoi uffici, tanto da fargli sentire vivo desiderio di una maggiore tranquillità di vita. Desiderio che potè essere soddisfatto quando, nell'autunno del 1902 gli giunse inattesa, dal Ministro della Giustizia, la proposta di passare alla magistratura come Consigliere della Corte di Cassazione di Roma.

Messa da parte ogni considerazione di convenienza economica, egli accettò, e con l'anno scolastico 1901-02 chiuse la sua carriera di professore universitario, durata sedici anni. A codesta accettazione lo animò la speranza che l'alta e serena dignità del nuovo ufficio gli permettesse di adempiere con ancor maggiore efficacia la sua missione di propugnatore di riforme dell'ordinamento giuridico e di miglioramenti nell'amministrazione della giustizia.

A proposito di questa lotta d'idee, impegnata da Mortara fin dal

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

primo inizio della sua attività scientifica, conviene ricordare che, nel 1901, promulgata la legge sul procedimento sommario, mediocre e scarna, fu immediatamente sentita la necessità d'un decreto di attuazione, del resto previsto nella stessa legge; e il Ministro Cocco-Ortu pregò Mortara di prepararne il testo, che fu adottato, con lievi modificazioni, nel R.D. 31 agosto 1901.

* * *

Entrando nella magistratura, in dicembre del 1902, Lodovico Mortara, non ancora quarantottenne, si trovò ad essere il più giovane dei Consiglieri di Cassazione e ad avere quindi buone prospettive di carriera, anche indipendentemente dal suo eccezionale valore. Già nell'ottobre del 1905 ottenne la promozione a Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Cagliari, posto che occupò solo per breve tempo, essendo stato trasferito nel marzo del 1906 ad Ancona, come Primo Presidente della Corte d'Appello.

Tornò a Roma nel gennaio del 1908, nominato Avvocato Generale presso la Corte di Cassazione, e vi restò fino al febbraio dell'anno successivo, quando fu promosso Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione di Palermo. Ivi rimase fino al 1911; in questo periodo fu nominato Senatore del Regno.

Nel gennaio del 1911 fu trasferito a Firenze e nell'aprile a Roma, sempre come Procuratore Generale. E a Roma rimase definitivamente, ascendendo al massimo grado nella magistratura, nel settembre del 1915, con la nomina a Primo Presidente della Corte di Cassazione.

L'unica interruzione nell'esercizio di questo alto ufficio ebbe luogo nel periodo dal 23 giugno 1919 al 23 maggio 1920, durante il quale Mortara fu Ministro della Giustizia nel primo e nel secondo Ministero Nitti.

Le condizioni in cui si svolgeva l'attività parlamentare in quell'epoca agitata gli impedirono di recare in porto il suo progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, che mirava a preparare l'organo adatto per l'applicazione delle sognate riforme processuali.

Anteriormente alla parentesi ministeriale, Mortara aveva presieduto, dopo la liberazione del Veneto dall'invasione austro-germanica, la Commissione d'inchiesta sulle violazioni del diritto delle genti compiute dal nemico. Dopo la pubblicazione dei risultati di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

codesta inchiesta, nella quale gli fu valido collaboratore il Prof. Asquini, segretario della commissione, egli fu onorato con la nomina a Ministro di Stato.

* * *

Dopo l'instaurazione del regime fascista, si andarono rapidamente accentuando le incompatibilità fra il dogma della sovranità della forza, sul quale si basava quel regime, ed il principio della sovranità del diritto, a cui Mortara aveva costantemente ispirato le sue dottrine e la sua azione. Per eliminare un ostacolo al proprio arbitrio, il Governo fascista non esitò a collocarlo a riposo, dal 1° novembre 1923.

"Riposo" è parola della quale egli non aveva conosciuto il significato fin allora; nè lo conobbe poi, pur avendo vissuto ancora tredici anni.

Continuò a dedicarsi al lavoro scientifico ed alla redazione della "Giurisprudenza Italiana", e riprese l'attività professionale, non per avidità di guadagno ma per il desiderio d'assicurare l'avvenire delle due figlie, che, dopo l'allontanamento dei fratelli, stabilitisi fuori di Roma, e il matrimonio dell'altra sorella, erano rimaste con lui, confortandolo delle avversità dell'esistenza.

Rallentò appena il ritmo del suo lavoro nel 1936, mettendo in ordine tutte le sue cose, quasi presago della prossima fine, che nessun indizio faceva prevedere agli altri.

Morì, dopo alcune settimane di malattia, nelle prime ore del 1° gennaio 1937.

Per suo volere, le onoranze funebri furono modeste e senza intervento ufficiale. Soltanto i figli o pochi parenti scortarono la salma a Mantova, dove riposa accanto a quelle della moglie e dei genitori.

[1° gennaio 1955]

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ALBERTO MORTARA

PARERI MANOSCRITTI DI LODOVICO MORTARA (1924/1928)

1. *Casali e Comune di Piacenza* (liquidazione danni), 3/1924 (pag. 17)
2. *Valle e Rabbione* contro *Artoni* (ricorso Cassazione), 3/1924 (pag. 16)
3. *De Lorenzi* (lettera all'avvocato Castori) (contratto vendita), 18/3/1924 (pag. 5)
4. *Cordopatri* (testamento), 29/3/1924 (pag. 3)
5. *Cavalli* (Imprese Immobiliari Edilizie di Genova contro il Municipio di Genova) (ricorso Cassazione), 24/3/1924 (pag. 38)
6. *Fratelli Piacenza* contro *Filatura di Tollegno* (ricorso), 4/1924 (pag. 13)
7. *De Gennaro Musti* contro *Officine di Rombas* (ricorso), 4/1924 (pag. 7)
8. *Bondi* (" Ilva ") (Collegio Arbitrale), 4/1924 (pag. 10)
9. *Il proscioglimento in istruzione e l'azione per danni contro il denunciante*, 4/1924 (pag. 6)
10. *Testamenti di Pasquale Pennisi Alessi*, 5/1924 (pag. 8)
11. *Enrietti contro Ministero dei lavori pubblici* (con lettera di 6 pagine al Sig. Carlo Enrietti) (possibile ricorso di sentenza Cassazione), 5/1924 (pag. 32)
12. *Zucchi* contro *Monselice e Fragnaglia* (ricorso, ricusazione di arbitro), 6/1924 (pagg. 11 e 16)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

13. *Promemoria (riservato) per causa di separazione*, 22/6/1924 (pag. 6)
14. *Riproduzione arbitraria della pubblicità a pagamento di un giornale* (Messaggero), 6/1924 (pag. 12)
15. *Società an. cinematografica Toscana e an. Pittaluga* contro *Grazia Napoleone* (ricorso Cassazione), 30/6/1924 (pag. 9)
16. *Società Italiana Fabbricazione Proiettili* (parere per la verità), 7/1924 (pag. 30)
17. *Affondamento del piroscafo Onoria - Studio sui rapporti fra la giurisdizione civile e la penale*, 7/1924 (pag. 21)
18. *Impresa Muggia* contro *Società Nazionale delle ferrovie e tranvie* (pareri su giudizio arbitrale) (con lettera all'avvocato Giovanni del Rio), 1/9/1924 (pag. 16)
19. *Signora Rognetta* contro *Consorzio irriguo del torrente Molaro* (senza data) (pag. 13)
20. *Marta Wilmsen* contro *Peirce e consorti*, 13/8/1924 (pag. 13)
21. *Eredi Ginistrelli*, 8/1924 (pag. 4)
22. *Comune di Livorno*, 31/8/1924 e 20/10/1924 (pag. 12 e lettera al Sindaco di Livorno)
23. *Testamento Pietro Palanca*, 9/1924 (pag. 14)
24. *Foglino* contro *Ministero delle Finanze* (con due lettere del 3/4/1924 e 12/9/1924 al rag. Ghisola), 11/1925 (pag. 14)
25. *Esame di quesiti giuridici relativi all'espropriazione di terreni carboniferi* (Ferrovie Meridionali Sarde) (manoscritto e copia dattilografata), 9/1924 (pag. 7)
26. *Associazione Filantropica Napoletana* contro *Congregazione di Carità di Napoli*, 10/1924 (pag. 10)
27. *Alcune riflessioni intorno al nuovo ordinamento delle assicurazioni* (D.L. 29/4/1923), 10/1924 (pag. 19)
28. *Fumasoni Biondi* contro *Banca di Firenze*, 10/1924 (pag. 14)
29. *Cini* contro *Pascale* (incompleto) (senza data) (pag. 10)
30. *Imposta del 15% sugli interessi del prestito della Repubblica Polacca* (Banca Commerciale Italiana), 14/11/1924 (pag. 13)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

31. *Ciaramelletti e consorti* (lettera all'avvocato Francesco Pennesi), 11/1924 (pag. 6)
32. *Degli obblighi del riassicuratore nel caso di fallimento e di successivo concordato dell'assicuratore* (" Amministrazione Montefiore "), 12/1924 (pag. 29) (+ 2 pagine separate)
33. *Sulla competenza delle Commissioni arbitrali e dell'autorità giudiziaria in tema di locazione di immobile a uso di albergo Castagnola* contro *Lera*, 12/1924 (pag. 12)
34. *Cassa di Risparmio di Voghera* (lettera al Presidente in risposta a consulta su apertura di filiali), 4/12/1924 (pag. 5)
35. *Società Idrovolanti Alta Italia* (lettera incompleta) (senza data) (pag. 6)
36. *Vincenzo Castaldo* contro *eredi di Tommaso Castaldo e di Francesco Giugliano*, 12/1924 (pag. 19)
37. *Sull'appello del Pubblico Ministero* contro *la sentenza del Tribunale Civile di Bologna*, 18-27/11/1924 (pag. 13)
38. *Successione ing. Pier Lorenzo Parisi*, 1/1925 (pag. 17 + lettera e promemoria riservato del 31/8/1925)
39. *Fallimento Banca Commerciale di Terra di Lavoro - Responsabilità di amministratori*, 1/1925 (pag. 7)
40. *Istituto Nazionale delle Assicurazioni. Attività autorizzate*, 1925 (pag. 16)
41. *Lloyd Triestino - Requisizione di navi non aventi nazionalità italiana* (contiene parere dattiloscritto di pag. 11, in due copie, sul naviglio mercantile del porto di Trieste al Presidente del Consiglio dei Ministri), 1/1925 (pag. 22)
42. *Successione enfiteusi Merli*, 1/1925 (pag. 5)
43. *Promemoria per la ditta Mangini* (senza data) (pag. 3)
44. *Ing. Alessandro Barberio* contro *Comune di Torino*, 2/1925 (pag. 12)
45. *Eredità Candido Carpinati*, 2/1925 (pag. 11)
46. *Gruppo Importatori Pelli* contro *Banca Commerciale Italiana* (importazione di pelli dal Brasile), 3/1925 (pag. 36)
47. *Berthe Suares* contro *Pina Mois Maurizio*, 27/1/1925 (pag. 2)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

48. *Su eccezione di falso in lodo arbitrale (Giacomo Bersoni contro fratelli Bersoni), 4/1926 (pag. 15)*
49. *Avvocato Pennesi*, 22/5/1926 (pag. 4)
50. *Vedova Calabria* (testamento) (con copia dattilografata), 3/7/1926 (pag. 4)
51. *Pericoli* contro *Fallimento Abeniacar-Aloisi* (ricorso) (con copia dattilografata), 6/1926 (pag. 6)
52. *Rosazza* contro *Ferrovie dello Stato*, 5/1926 (pag. 21 di cui 17 dattilografate)
53. *Camera dei Deputati* contro *Ditta Colombo*, 22/6/1926 (pag. 8)
54. *Imposte 1916-1918 della Carbonifera Industriale Italiana* (con copia dattilografata), 6/1926 (pag. 11)
55. *FIAT* (più lettera del 14/7/1926 al prof. Valletta), 7/1926 (pag. 14)
56. *Gennero* contro *Perussia*, 1926 (?) (pag. 5)
57. *Testamento Ferruccio Berlingeri*, 27/10/1926 (pag. 4)
58. *Garzia* contro *Pagliari* (lettera all'avvocato Venditti), 1/11/1926 (pag. 2)
59. *Affede* contro *Masini*, 11/1926 (pag. 9)
60. *Maccarese* contro *soc. Fregene*, 11/1926 (pag. 17)
61. *Farsetti De Filippi* (copia dattilografata), 1926 (?) (pag. 3)
62. *Vitali* contro *Barsotti* (lettera) (senza data) (pag. 6)
63. *Soc. Les Tramways de Bologne* contro *Comune di Bologna*, 11/1926 (pag. 9)
64. *Latagliata* contro *Banca Commerciale*, 1926 (?) (pag. 7)
65. *Ditta Ettore Vercellis* (fallimento), 1926 (?) (pag. 18)
66. *Successione Guzzardi*, 1926 (?) (pag. 10)
67. *Testamento ing. Netti* (lettera alla signora Francesca Rossini Netti), 20/1/1927 (pag. 6)
68. *Società Franchi Gregorini* contro *Finanza* (avv. Pescuti), 15/12/1926 (pag. 6)
69. *Società " Aedes "*, 13/2/1927 (pag. 8)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

70. *Ing. Negri e Società Elettrica Negri*, 1927 (?) (pag. 8)
71. *Avvocato Nadalini (Puviani-Zanni-Facchini)* (lettera del 11/3/1927) (pag. 4)
72. *Costa Queirolo*, 23/2/1927 (pag. 4)
73. *Successione Senatore Carissimo*, 1927 (?) (pag. 8)
74. *Successione Luigi Laterza*, 8/4/1927 (pag. 4)
75. *Banca di Credito Biellese-Giletta - Banca Agricola Novarese*, 19/4/1927 (pag. 14)
76. *Giustini-Pericoli* contro *Banco di Roma*, 22/4/1927 (pag. 6) e *Parere sul caso* (dattilografato) del 14/4/1929 (pag. 6)
77. *Bassetti (Concordato Fratelli Di Costanzo)* (lettera del 25/3/1927) (pag. 4)
78. *Corte dei Conti* (Pensione di guerra), 1927 (?) (pag. 5)
79. *Enrico Macchia (Banca Africa Orientale)*, 25/6/1927 (pag. 14)
80. *Terme di San Pellegrino* (Concorrenza illecita), 1927 (?) (pag. 12)
81. *Cremonini & C. Partecipanza di Budrio*, 1927 (?) (pag. 14)
82. *Visocchi* (lettera) (ditta Pantaleo), 8/8/1927 (pag. 4)
83. *Successione Rambelli Giuseppe* (con lettera all'avvocato Boschi), 20/8/1927 (pag. 12)
84. *Santoro* (testamento) (lettera all'avvocato Santoro), 22/9/1927 (pag. 7)
85. *Tribunale di Modica* (lettera al Presidente), 15/9/1927 (con lettere del 2/12/1929) (pag. 2)
86. *Chiari* contro *Raggio*, 22/10/1927 (pag. 9)
87. *Giacomo Ferri* (ricorso Cassazione), 6/1927 (pag. 8)
88. *Ricci Bitti* contro *Gagliardi*, 12/1927 (pag. 21)
89. *Bongiovanni* contro *Consorzio Utenti*, 12/1927 (pag. 12)
90. *Congregazione di carità di Asti* (lettera all'avvocato Attilio De Benedetti del 10/12/1927) (pag. 7) e lettera, idem, 23/1/1928 (pag. 2)
91. *Barone de Ghislanzoni* (Banca S. Maria Capua Vetere), 12/1927 (pag. 16)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

92. *Testamento Canizzaro*
    a) art. 559/576 del Codice di Procedura Penale (pag. 6)
    b) sull'art. 576 del Codice di Procedura Penale (pag. 20)
    c) Sentenza della Cassazione, 27/2/1928 (pag. 24)
    d) Appunti per i motivi di ricorso della marchesa Del Toscano, 22/4/1928
    e) Promemoria riservato, 5/1/1928 (pag. 1)
93. *Testamenti Dott. Francesco Sagrini*, 1/1928 (pag. 11)
94. *Credito Italiano* (eredi Paolo Singer), 20/1/1928 (pag. 7)
95. *Testamento Colantuono* (lettera all'avvocato Fragonele), 24/1/1928 (pag. 6)
96. *Avvocati Di Palma* (Parere su questione di demanialità comunale) (lettera ?), 1928 (?) (pag. 12)
97. *Marino Torlonia* (titoli mobiliari), 10/2/1928 (pag. 7)
98. *Lucifero* contro *Comune di Cotrone*, 1928 (?) (pag. 7)
99. *Società Costiera di Navigazione (Fiume)* contro *Persich Tullio*, 1928 (?) (pag. 17)
100. *Cassa Rurale di Canale* contro *Credito Piemontese*, 1/1928 (pag. 7)
101. *Successione La Medica*, 12/4/1928 (pag. 6)
102. *Legato Spano*, 24/4/1928 (pag. 2)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

BIBLIOGRAFIA DI LODOVICO MORTARA (*)

"Opera monolitica la sua. Il *Commentario*, il *Manuale*, il *Compendio*. Poche cose minori intorno".

FRANCESCO CARNELUTTI
(Mantova, 1947)

1870

Galileo Galilei ed il progresso delle scienze. Lettura per la solennità letteraria del R. Liceo Virgilio di Mantova, in *L'Eco De' Giovani*, Mantova, marzo, pp. 14.

La materia e la forza. Conferenze del prof. J. TYNDALL, trad. it. di L. MORTARA, studente nel terzo corso liceale, Mantova, Mondovì, pp. 14.

1879

Il processo sommario. Relazione letta innanzi al Consiglio di disciplina dei procuratori in Mantova nell'adunanza 31 gennaio 1879, Mantova, Eredi Segna.

1880

L'assegnazione di credito in pagamento in sede di esecuzione, in *Gazz. leg.*, 385.

Sul reclamo dai provvedimenti dati in camera di consiglio, in *Gazz. leg.*, 177.

Dell'aumento di prezzo in giudizio di purgazione per parte di chi è creditore di uno solo fra i comproprietari precedenti dello stabile venduto, in *Gazz. leg.*, 177.

(*) A cura di FRANCO CIPRIANI e NUNZIA CARRATA. Con esclusione delle recensioni e delle ristampe. Si reputa opportuno avvertire che l'elenco non ha la pretesa di essere completo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1881

Se la comparizione del contumace faccia cadere l'iscrizione a ruolo anche riguardo al correo comparso, in *Gazz. leg.*, 257.

Sul progetto di riforma al procedimento formale e sommario, in *Gazz. leg.*, 185.

Dell'aumento di prezzo in giudizio di purgazione per parte di chi è creditore di uno solo fra i comproprietari precedenti dello stabile venduto, in *G. Trib. Nap.*, 629.

Sull'efficacia del decreto d'autorizzazione a sequestro conservativo dopo che ne abbia avuto luogo una prima esecuzione, in *Gazz. leg.*, 57.

Il progetto di legge sugli onorari degli avvocati e procuratori, in *Gazz. leg.*, 321.

La cessione dei beni per parte dell'erede beneficiato, in *Gazz. leg.*, 137, 153, e in *G. Trib. Nap.*, 678.

1882

Se possa proporre l'appello incidentale chi abbia prestato acquiescenza al giudicato, in *Gazz. leg.*, 533.

I titoli di nobiltà e la competenza giudiziaria, in *Temi ven.*, 473.

Se la comparizione del contumace faccia cadere l'iscrizione a ruolo anche riguardo al correo comparso, in *G. Trib. Nap.*, 751.

1883

Della facoltà di appellare le sentenze in relazione alla garantia, in *Annuario* del CUZZERI, 8.

1884

Del termine a comparire da assegnarsi alla persona di ignoto domicilio, residenza o dimora, in *Foro it.*, I, 1139.

Se sia terzo possessore nel senso degli artt. 2014 e 2041, e debba quindi notificarsi il precetto colla intimazione di pagare o rilasciare l'immobile ipotecato, anche colui che possiede questo immobile in virtù di un titolo idoneo a trasferire il dominio, ancorché non trascritto, in *Foro it.*, I, 279.

La relazione sulla riforma dell'ordinamento giudiziario, in *Temi ven.*, 561.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alcune questioni di diritto e procedura civile, Prima serie, Mantova, Mondovì.

Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata, Torino, U.t.e.

E. CUZZERI - L. MORTARA, *Acquiescenza*, in *Dig. it.*, I, 1, Torino, U.t.e., pp. 1-64.

1885

Facoltà del chiamato in garantia a prestar testimonianza nella causa principale, in *Temi ven.*, 284.

Del principio del doppio grado di giurisdizione nel nostro diritto giudiziario, a proposito della questione se il magistrato d'appello, che definisce diversamente dal primo giudice l'azione proposta, sia tenuto a rinviare le parti a nuovo giudizio di prima istanza, in *Foro it.*, I, 464.

Sulla pignorabilità dell'assegno alimentare accordato dai creditori al debitore pignorato, in *Foro it.*, I, 1039.

Degli effetti dell'abbandono dell'istanza di espropriazione per oltre un anno; interpretazione dell'art. 2085 c.c., in *Foro it.*, I, 1172.

Dell'usufrutto di un'azienda commerciale o fondo di commercio, in *Foro it.*, I, 305.

Lo Stato moderno e la giustizia, Torino, U.t.e., pp. 190.

1886

Se per procedere esecutivamente contro gli eredi richiedasi la preventiva costituzione in mora ai sensi dell'art. 1223, capov. 1, c.c., ovvero basti l'osservanza del disposto dell'art. 560 c.p.c., in *Foro it.*, I, 1097.

Se la surroga nell'esecuzione immobiliare sia ammissibile anche in favore del creditore ipotecario di uno soltanto o di alcuno dei comproprietari dell'immobile esecutato, malgrado la regola dell'art. 2077 c.c., in *Foro it.*, I, 596.

Ancora sulla stessa questione, in *Foro it.*, I, 833.

Dell'appello per l'istanza di esecuzione provvisoria (interpretazione dell'art. 483 c.p.c.), in *Riv. scienze giur.*, II, 406.

Sui progetti di riforma dei procedimenti civili, 2ª ediz., Mantova, Manuzio, pp. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Gli acquisti fatti dai rappresentanti di società o comunioni universali, con denaro spettante alle medesime rispetto alle tasse di registro, in *Foro it.*, I, 596.

Dell'appello per l'istanza di esecuzione provvisoria, Roma, Loescher & C., pp. 16.

1887

Se la domanda per dichiarazione di contumacia debba notificarsi al convenuto nei sensi del capov. 1° dell'art. 385 c.p.c.; e se sia ammissibile la dichiarazione di contumacia ristretta al solo giudizio incidentale, in *Foro it.*, I, 798.

Responsabilità dell'esecutante per riforma in appello della sentenza provvisoriamente esecutiva, in *Foro it.*, I, 503.

La sottoscrizione del processo verbale di giuramento civile, in *Foro it.*, I, 377.

La perenzione in appello, in *Temi ven.*, 381.

Ancora sulla perenzione in sede d'appello, in *Temi ven.*, 406.

Manuale della procedura civile, I, Torino, U.t.e., pp. 400.

1888

Sull'art. 489 c.p.c., in *Temi ven.*, 213.

La giurisdizione commerciale dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, in *Dir. comm.*, 609.

Può il giudice rilevare d'ufficio la nullità della citazione di una donna maritata per mancanza della citazione del marito?, in *Foro it.*, I, 956.

Della trascrizione del protesto sul precetto cambiario, in *Foro it.*, I, 1152.

Delle prove che in giudizio di esecuzione è lecito opporre al titolo esecutivo, in *Foro it.*, I, 144.

Sulla inalienabilità delle cose sacre nel diritto italiano, in *Foro it.*, I, 1189.

Effetti processuali dell'abolizione dei tribunali di commercio, in *Mon. trib.*, 345, e in *Giur. lat.*, 65.

Dell'inalienabilità delle cose sacre, in *Temi ven.*, 149.

Manuale della procedura civile, II, Torino, U.t.e., pp. 401-706.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1889

La lotta per l'uguaglianza. Prolusione al corso di diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa nell'anno 1888-89, Pisa, Mariotti, pp. 29.

Dell'ammissibilità della comparizione tardiva dell'appellante contumace non ostante la regolare domanda dell'appellante per il rigetto dell'appello senza esame, in *Foro it.*, I, 872.

Sull'applicabilità del beneficio di cui al capoverso dell'art. 145 c.p.c., nel caso di notificazione dell'atto di appello in luogo ed in modo diversi da quelli prescritti dalla legge, in *Foro it.*, I, 95.

La disposizione dell'art. 145 c.p.c., per la quale, la nullità della notificazione dell'atto di citazione può essere riparata mediante rinnovazione nei termini assegnati dal giudice e non nuoce alla salvezza dei diritti, è applicabile anche alle notificazioni d'atti d'appello eseguite in luoghi e modi diversi da quelli indicati dalla legge?, in *Riv. scienze giur.*, 280.

La trascrizione del precetto immobiliare può essere cancellata?, in *Riv. scienze giur.*, 284.

Sul rigetto dell'appello senza esame per mancata produzione dei documenti nei giudizi di fallimento, in *Foro it.*, I, 1178.

La deserzione dell'appello nei giudizi di rinvio, in *Foro it.*, I, 508.

Nel XLI anniversario della giornata di Curtatone e Montanara, Pisa, Galileo, pp. 14.

1890

Su l'inalienabilità delle cose sacre (lettera aperta al prof. C. F. Gabba), in *Mon. trib.*, 733.

Giurisdizione commerciale e giurisdizione civile, in *Dir. comm.*, 184.

Inefficacia dell'atto contrattuale come titolo esecutivo per la consegna o il rilascio di beni, in *Foro it.*, I, 122.

Natura e appellabilità del provvedimento di omologazione del concordato, in *Foro it.*, I, 893.

Ancora sull'appellabilità del provvedimento che omologa il concordato, in *Foro it.*, I, 1246.

Appello civile, in *Dig. it.*, III, 2, Torino, U.t.e., pp. 404-1012.

Principii di procedura civile, Firenze, Barbèra, pp. 248.

Istituzioni di ordinamento giudiziario, Firenze, Barbèra.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1891

Significato ed estensione della locuzione "e altri oggetti necessari per l'esercizio dell'arte del debitore" usata nell'art. 586 n. 2 c.p.c., in *Foro it.*, I, 1225.

Il precetto pel pignoramento di navi, in *Foro it.*, I, 641.

La riforma del processo sommario, in *Mon. trib.*, 361.

Il terzo congresso giuridico, Venezia, pp. 12.

La riforma del procedimento sommario. Relazione sulla seconda tesi (terzo congresso giuridico nazionale in Firenze), Firenze, Niccolai, pp. 43.

Riforme al codice di procedura civile per migliorare il procedimento sommario ed accelerare i giudizi di esecuzione, in *Filangieri*, 678, 705.

La riforma del procedimento sommario ed il controprogetto della Sottocommissione della Camera dei deputati, in *Scuola positiva*, I, 269.

1892 (1)

I provvedimenti interinali del presidente nei giudizi di separazione di coniugi, Livorno, pp. 29.

Cambiale. Querela penale per falsificazione. Giudizio civile, in *Giur. it.*, I, 1, 56.

Pignoramento. Materie prime necessarie all'industria, in *Giur. it.*, I, 1, 118.

Competenza civile. Controversia in materia di imposte, in *Giur. it.*, I, 1, 125.

Appello in giudizio di fallimento. Trasmissione degli atti alla cancelleria della corte, in *Giur. it.*, I, 2, 118.

Espropriazione d'immobile. Vincolo di livello. Detrazione dal prezzo, in *Giur. it.*, I, 2, 22.

Opposizione di terzo. Creditore ipotecario, in *Giur. it.*, I, 2, 109.

Concordato, Terza convocazione, in *Giur. it.*, I, 2, 133.

L. MORTARA - A. SRAFFA, *La legge svizzera sulla esecuzione e sul*

(1) Nel 1892, essendo scomparso Francesco Ricci, direttore della *Giur. it.*, Mortara assunse, insieme al più anziano collega di facoltà Carlo Francesco Gabba, la direzione di quella rivista, alla quale fino a quel momento non aveva mai collaborato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fallimento andata in vigore il 1° gennaio 1892, Firenze, Barbèra, pp. 26.

C. F. GABBA - L. MORTARA, *La conferenza dell'Associazione per la riforma e codificazione del diritto delle genti*, in *Giur. it.*, IV, 403.

1893

Testamento. Compilazione irregolare rispetto alla legge del tempo in cui fu fatto e regolare rispetto a quella del tempo di apertura della successione, in *Giur. it.*, I, 1, 140.

Cambiale. Impugnazione della firma. Se sospenda il giudizio esecutivo, in *Giur. it.*, I, 1, 200.

Esecuzione mobiliare. Pignoramento di credito esigibile immediatamente. Insolvibilità del terzo pignorato. Effetti sulla procedura, in *Giur. it.*, I, 1, 482.

Mandato alle liti. Irregolarità. Effetti. Patrocinio gratuito, in *Giur. it.*, I, 1, 544.

Capacità testimoniale del pretore davanti il quale è pendente la lite, in *Giur. it.*, I, 1, 556.

Surrogazione nell'esecuzione immobiliare. Creditori ai quali compete, in *Giur. it.*, I, 1, 638.

Falsificazione di cambiale. Diritti del terzo possessore di buona fede, in *Giur. it.*, I, 1, 660.

Deliberazioni di urgenza delle giunte comunali o dei commissari straordinari. Limiti obiettivi ed effetti rispetto ai terzi, in *Giur. it.*, I, 1, 817.

Sul medesimo argomento, in *Giur. it.*, I, 1, 842.

Acquiescenza. Pagamento volontario delle spese del primo giudizio. Dazio consumo. Appaltatore esercente. Limiti delle sue facoltà, in *Giur. it.*, I, 1, 856.

Interrogatorio deferito ad inabilitato. Proponibilità ed effetti, in *Giur. it.*, I, 1, 1030.

Ipoteca iscritta a nome di ente ecclesiastico soppresso. A chi debbasi fare la notificazione del bando, in *Giur. it.*, I, 1, 1284.

Fallimento. Ipoteche giudiziali. Questioni sulla loro validità, in *Giur. it.*, I, 2, 414.

Bancarotta fraudolenta. Se possa sussistere senza dichiarazione di fallimento, o dopo la revoca di questa, in *Giur. it.*, II, 82.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Comuni. Spese di culto. Durata della prestazione. Effetti giuridici, in *Giur. it.*, III, 293.
Sul contratto di associazione libraria (*note di giurisprudenza estera*), in *Giur. it.*, IV, 339.

1894

Del termine per la opposizione al decreto presidenziale emesso a sensi dell'art. 379 c.p.c., in *Giur. it.*, I, 1, 191.
La procedura per autorizzazione giudiziale alla donna maritata, e la citazione del marito, in *Giur. it.*, I, 1, 296.
Sull'applicazione dell'art. 489 c.p.c. nel caso di controcitazione, in *Giur. it.*, I, 1, 308.
Istanza per la separazione dopo l'aumento del sesto, in *Giur. it.*, I, 1, 413.
Ancora sull'applicazione dell'art. 489 c.p.c. nel caso di controcitazione, in *Giur. it.*, I, 1, 444.
Inammissibilità di una terza perizia sullo stesso oggetto, in *Giur. it.*, I, 1, 530.
Effetti dell'ammissione al gratuito patrocinio nei procedimenti esecutivi immobiliari, in *Giur. it.*, I, 1, 555.
La clausola di esecuzione provvisoria nelle sentenze che rigettano istanze per separazione d'immobile, in *Giur. it.*, I, 1, 575.
Gli effetti dell'accordo amichevole nella moratoria, rispetto ai creditori dissenzienti, in *Giur. it.*, I, 2, 588.
Appellabilità della sentenza che concede la moratoria senza preventiva convocazione dei creditori, in *Giur. it.*, I, 2, 684.
Limiti della indipendenza del giudice penale di bancarotta dal giudizio civile di fallimento, in *Giur. it.*, II, 116.
Sullo stesso argomento, in *Giur. it.*, II, 131.
Sulla interpretazione dell'articolo 825 cod. comm. (*Accordo amichevole nella moratoria*), in *Giur. it.*, IV, 187.
La decadenza della magistratura, in *Rif. soc.*, 617.

1895

Sulla interpretazione dell'art. 825 c. comm. (*Accordo amichevole nella moratoria*), in *Cons. com.*, 337.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Perenzione d'istanza in appello, dopo la pronunzia di sentenza interlocutoria, in *Giur. it.*, I, 1, 14.
Sullo stesso argomento, in *Giur. it.*, I, 2, 738.
Causa civile o commerciale. Determinazione del termine per appellare, in *Giur. it.*, I, 1, 167.
Quale rimedio possano proporre i creditori non citati contro la sentenza che accordò la moratoria, in *Giur. it.*, I, 1, 227.
Intorno alla procedura per l'autorizzazione giudiziale a donna maritata, in *Giur. it.*, I, 1, 294.
Intervento di terzo in grado d'appello, in *Giur. it.*, I, 1, 538.
Comparsa tardiva dell'appellante e rigetto d'appello senza esame, in *Giur. it.*, I, 1, 548.
Perenzione d'istanza nel giudizio di divisione, in *Giur. it.*, I, 1, 843.
Della proponibilità dell'appello incidentale, in relazione ai casi di rinunzia al principale o di suo rigetto senza esame, in *Giur. it.*, I, 1, 1008.
Del nome del sovrano nelle copie dei titoli esecutivi, in *Giur. it.*, I, 2, 571.
Eseguibilità provvisoria delle sentenze proferite nei giudizi esecutivi, in *Giur. it.*, I, 2, 572.
Competenza per le azioni di pagamento, dopo concluso l'accordo amichevole nella moratoria, in *Giur. it.*, I, 2, 574.
Prezzo da offrire per l'espropriazione forzata del dominio utile, in *Giur. it.*, I, 2, 630.
Il diritto di amnistia e il Parlamento, in *Rif. soc.*, 391.
I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano, in *Rif. soc.*, 907.

1896

Riforma universitaria, in *Riv. pol. e scien. soc.*, 259.
Riforme giudiziarie urgenti, in *Rif. soc.*, 101.
La decadenza della magistratura, in *Rif. soc.*, fasc. luglio.
Istituzioni di ordinamento giudiziario, 2ª ed., Firenze, Barbèra.

1897

Udizione del marito in camera di consiglio, quando il marito concorse nella istanza per l'autorizzazione giudiziale, in *Giur. it.*, I, 1, 16.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alienazione della dote. Assenza del marito. Procedimento da seguirsi, in *Giur. it.*, I, 1, 294.

Sulla obbligatorietà dell'accordo amichevole per i creditori dissenzienti in caso di moratoria non preceduta da fallimento, in *Giur. it.*, I, 1, 312.

Tassa di registro. Aggiudicazione di immobili all'asta. Aumento di sesto annullato. Pagamento della tassa proporzionale. Decorrenza della prescrizione, in *Giur. it.*, I, 1, 362.

Se gli atti compiuti dall'interdicendo dopo la nomina dell'amministratore provvisorio siano in modo assoluto nulli e l'amministratore provvisorio possa da solo far dichiarare tale nullità, in *Giur. it.*, I, 1, 376.

Sui rapporti fra la giurisdizione civile ordinaria e quella amministrativa, in *Giur. it.*, I, 1, 744.

Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e della autorità amministrativa, in *Giur. it.*, I, 1, 1034.

Comuni e camere del lavoro dinnanzi al Consiglio di Stato, in *Rif. soc.*, 35.

Statuto, corona, parlamento, in *Rif. soc.*, 175.

Il nuovo regno di Giuda, in *Rif. soc.*, 934.

Per l'inaugurazione del IV Congresso universitario, Pisa, 4 aprile 1897, pp. 14.

Il nemico è in noi, Pisa, 29 maggio 1897, p. 1.

Manuale della procedura civile, 2ª ediz., I, Torino, U.t.e., pp. 416.

1898

Della espropriazione forzata dei beni destinati a pubblici servizi, in *Giur. it.*, I, 1, 77.

Conflitto e questioni di competenza fra un organo di giurisdizione speciale e l'autorità amministrativa, in *Giur. it.*, I, 1, 223.

Considerazioni su di una questione di trascrizione, in *Giur. it.*, I, 1, 235.

Rapporti tra la giurisdizione ordinaria civile e quella della IV sez. del Consiglio di Stato a proposito del monopolio dei comuni pel trasporto di cadaveri, in *Giur. it.*, I, 1, 289.

Rapporti fra la giurisdizione ordinaria e la governativa in materia di denuncia di nuova opera, in *Giur. it.*, I, 1, 554.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Considerazioni sugli effetti delle decisioni della IV sezione del Consiglio di Stato, in *Giur. it.*, I, 1, 593.

La formula nel giuramento decisorio, in *Giur. it.*, I, 1, 661.

Sull'abrogazione degli artt. 456-458 cod. proc. civ. per effetto della nuova legge sui conciliatori, in *Giur. it.*, I, 1, 841.

Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramenti e trasformazioni di opere pie, in *Giur. it.*, I, 1, 939, in *Legge*, II, 532, e fascicolo separato di pp. 22.

Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella di legittimità a proposito della validità ed efficacia d'un rapporto civile contrattuale, in *Giur. it.*, I, 1, 954.

Della competenza della IV sez. del Consiglio di Stato sulle domande di reintegrazione di un diritto civile patrimoniale leso da un provvedimento dell'autorità amministrativa, in *Giur. it.*, I, 1, 979.

Rapporti fra la giurisdizione ordinaria civile e quella della Giunta Provinciale Amministrativa a proposito di sospensione licenziamento d'impiegati, in *Giur. it.*, I, 1, 1071.

Se la querela civile di falso possa essere proposta in forma di azione principale, in tutti quei casi in cui sarebbe proponibile come incidente, in *Giur. it.*, I, 2, 15.

Se il magistrato possa, dopo la rinnovazione della perizia, ordinarne anche una terza, una quarta ecc. sullo stesso oggetto, in *Procedura*, 609.

Ancora sui limiti rispettivi delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa, in *Legge*, I, 32.

Manuale della procedura civile, II, 2ª ediz., Torino, U.t.e., pp. 429.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 1-4, Milano, Vallardi.

1899

Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella R. Università di Napoli, letta il 15 novembre 1898, in *Procedura*, 33, in *Mon. trib.*, 241, e in *Filangieri*, I, 72; nonché Milano, Società editrice libraria, pp. 85.

Sulla commutazione in denaro delle prestazioni in natura di prodotti della terra nelle province napolitane e sul diritto del debitore di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contestare l'esistenza dell'obbligo della prestazione dopo il giudizio di commutazione, in *Giur. it.*, I, 1, 152.

Competenza dei prefetti come ripartitori dei demani comunali, in *Giur. it.*, I, 1, 21.

Della influenza di una decisione della IV sezione del Consiglio di Stato, che annulla un atto amministrativo concernente l'interesse di più persone, a favore di coloro che non parteciparono al ricorso ed al giudizio, in *Giur. it.*, I, 2, 46.

La ricusazione del giudice nei procedimenti in materia demaniale, in *Legge*, II, 502.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I, fasc. 1-14, Milano, Vallardi.

1900

Per la riforma del procedimento di espropriazione forzata dei beni immobili, in *Scritti pubblicati pel 50° anno di insegnamento del Prof. Francesco Pepere*, Napoli, Soc. coop. tip.

Del pignoramento di un credito per la cui riscossione è in corso un giudizio esecutivo immobiliare, in *Giur. it.*, I, 1, 13.

Il decreto legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione, in *Giur. it.*, I, 1, 53.

Questioni di competenza circa i diritti subbiettivi pubblici degli impiegati comunali, in *Giur. it.*, I, 1, 395.

Circa l'ammissibilità dell'intervento volontario degli arbitri nel giudizio promosso avanti il tribunale in base all'art. 32 c.p.c. per la nullità della sentenza da essi emessa, in *Giur. it.*, I, 2, 375.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I, fasc. 15-22, Milano, Vallardi.

1901

La sovranità civile della scienza. Prolusione per l'inaugurazione dell'Università popolare di Napoli, in *L'università popolare di Napoli*, I, 1, 18 marzo, 2.

Principii fondamentali per la riforma dei procedimenti di esecuzione forzata, in *Riv. Cir. giur. Napoli*, 28.

Riforme urgenti nell'espropriazione di immobili (conferenza), in *Riv. Cir. giur. Napoli*, 941.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Comparizione tardiva in giudizio di graduazione, in *Giur. it.*, I, 1, 357.
Dal momento in cui s'intende cominciata ai sensi dell'art. 714 c.p.c. la relazione della causa, quando per la pronunzia di sentenze interlocutorie si debba dar luogo a una seconda redazione, in *Giur. it.*, I, 1, 693.
Il regime delle acque pubbliche e la competenza giudiziaria, in *Giur. it.*, I, 1, 1029.
Alcune considerazioni intorno alle riforme legislative del 1901 nei procedimenti civili, in *Temi sic.*, 225.
Manuale della procedura civile, I, 3ª ediz., Torino, U.t.e., pp. 526.
Principii di procedura civile, 3ª ediz., Firenze, Barbèra.
Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, II, fasc. 23-26, Milano, Vallardi.

1902

Se sia invalida l'acquiescenza prestata dal padre, in rappresentanza dei figli minorenni, ad una sentenza di condanna, in *Giur. it.*, I, 1, 647.
Autorità competente a decidere le controversie sul licenziamento dei segretari comunali, in *Giur. it.*, I, 1, 714.
La comparizione tardiva dell'appellante contumace e l'art. 51 reg. 31 agosto 1901 sul procedimento sommario, in *Giur. it.*, I, 1, 760, e in *Foro it.*, I, 1193.
Esecuzione in Italia di titoli austriaci, in *Giur. it.*, I, 1, 859.
Per la riforma dei procedimenti di esecuzione forzata: due conferenze al Circolo giuridico di Napoli, Napoli, Priore, pp. 48.
Manuale della procedura civile, 3ª ediz., II, Torino, U.t.e., pp. 525.
Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, II, fasc. 27-29, Milano, Vallardi.

1903

Sui giudizi di graduazione nel 1901. Relazione presentata alla Commissione per la statistica giudiziaria e notarile, Roma, Bertero, pp. 45.
Ancora poche parole sull'art. 5 R.D. 31 agosto 1901 sul procedimento sommario, in *Foro it.*, I, 359.
Intorno agli effetti giuridici della sentenza di assegnazione di un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

credito pignorato presso il terzo, con particolare riguardo alla prescrizione successiva fra il creditore istante ed il terzo, e fra il medesimo creditore ed il suo debitore, in *Giur. it.*, I, 1, 83.

Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice d'appello in tema d'esecuzione provvisoria, in *Giur. it.*, I, 2, 469, e in *Riv. pratica*, 241.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 30-39, Milano, Vallardi.

1904

Costituzione di parte civile di uno straniero innanzi i tribunali consolari in Egitto, in *Giur. it.*, I, 2, 77.

Dell'appello proposto innanzi al giudice incompetente, in *Giur. it.*, I, 2, 605.

Carattere del deposito per multa nei giudizi di cassazione e del medesimo nel caso di ricorso contro gli interessati, in *Foro it.*, I, 266.

Amnistia e diritto di elettorato amministrativo, in *Giur. it.*, III, 89.

Effetti della separazione del patrimonio immobiliare del commerciante defunto in rapporto alla postuma sua dichiarazione di fallimento, in *Foro it.*, I, 266.

Il fallimento e la separazione del patrimonio del defunto, in *Riv. dir. comm.*, II, 1.

Per la riforma della legge sui probiviri 15 giugno 1893. (Risposta ad alcuni dei quesiti proposti dall'onorevole Ufficio dei lavori per la riforma della legge predetta), in *Giur. it.*, IV, 25, in *Conciliatore*, 273, e in *Contr. lavoro*, 41.

Intervento alla deliberazione della sentenza di un giudice meno anziano in sostituzione di altro più anziano, in *Giur. it.*, I, 1, 1223, e in *Foro it.*, I, 1423.

La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere, in *Riv. d'Italia*, II, 536.

Principii di procedura civile, 5ª ediz., Firenze, Barbèra.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 40-52, Milano, Vallardi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1905

Esecutorietà di sentenza provvisoriamente esecutiva, dopo la conferma in grado di appello, in *Giur. it.*, I, 2, 459.

L'istituto della esecuzione provvisoria in relazione alle regole che governano la nozione e il funzionamento del titolo esecutivo, in *Riv. universale*, 261.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 53-60, Milano, Vallardi.

1906

Del patrocinio gratuito, in *Dir. e giur.*, 5.

Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione: lettera a Carlo Fadda, in *Studi giuridici per le onoranze al prof. Carlo Fadda*, Napoli, Pierro, I, 195.

Sofismi processuali bizantini e pericolosi, in *Giur. it.*, I, 1, 205.

Il giudizio di rinvio e il rigetto d'appello senza esame, in *Giur. it.*, I, 1, 861.

La prova testimoniale in materia commerciale e l'obbligo della motivazione, in *Giur. it.*, I, 1, 989.

Sull'obbligo di motivazione delle sentenze ammissive della prova testimoniale in materia commerciale, in *Foro it.*, I, 1433.

Ancora sull'intervento alla deliberazione della sentenza di un giudice meno anziano in sostituzione di altro più anziano, in *Foro it.*, I, 596.

Sui discorsi inaugurali intorno alla amministrazione della giustizia civile nell'anno 1904, Roma, Bertero, 1906.

Istituzioni di ordinamento giudiziario, 3ª ediz., Firenze, Barbèra.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 61-69, Milano, Vallardi.

1907

Sulla notificazione per pubblici proclami delle sentenze delle Giunte d'arbitri, in *Foro it.*, III, 97.

Dell'obbligo dei giudici di motivare sull'ammissibilità della prova per testimoni nelle cause commerciali, in *Palazzo Giust.*, I.

Sulla scelta dei componenti il consiglio di famiglia in mancanza di consulenti di diritto, in *Giur. it.*, I, 1, 1065.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 70-79, Milano, Vallardi.

1908

Della nullità delle donazioni e delle disposizioni testamentarie a favore delle corporazioni religiose soppresse, per mezzo d'interposte persone, in *Giur. it.*, I, 1, 277.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 80-91, Milano, Vallardi.

1909 (2)

Limiti del sindacato giudiziario sul provvedimento amministrativo che pronunzia la decadenza dell'appaltatore dei dazi di consumo, in *Giur. it.*, I, 1, 273.

A proposito delle recenti disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati della Corte dei conti, in *Riv. dir. pubbl.*, 481.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, fasc. 92-103 (fine vol. V), Milano, Vallardi.

1910

Sulla esclusione o rimozione del curatore testamentario, in *Giur. it.*, I, 2, 571.

Mentre si studia per la riforma del Senato, in *Riv. d'Italia*, 6, pp. 11.

1911

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I[4], II-V[3], Milano, Vallardi.

1912

Sui rapporti fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali a

---

(2) Nel 1909 va segnalato il saggio senza firma *Postilla*, in *Riv. dir. comm.*, I, 713, di risposta alle dure critiche mosse al secondo progetto Orlando, che era opera di Mortara, da M. DE PALO, *La riforma della procedura civile nel progetto Orlando, ibidem*, 682. Quel saggio viene attribuito a Mortara sia da B. CAVALLONE, "*Preferisco il cattivo processo attuale*", in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1050, in nota, sia da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936), in corso di stampa, cap. IV, nota 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

norma delle leggi 31 marzo 1887 e 17 agosto 1907, in *Riv. dir. pubbl.*, 50.

Sull'interpretazione dell'art. 2128 del cod. civile, in *Giur. it.*, I, 1, 77, e in *Foro it.*, I, 282.

Le perizie giudiziarie nel progetto del codice di procedura penale, in *Giur. it.*, IV, 69.

L'azione popolare nella riforma del processo penale, in *Riv. dir. pubbl.*, 129.

Sul nuovo codice di procedura penale. Discorso tenuto al Senato il 5 marzo 1912, Roma, pp. 68.

La giustizia nello Stato democratico. Discorso pronunziato dal Procuratore generale nell'assemblea generale del 9 novembre 1912 per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1912-1913, Roma, Unione editrice, pp. 33.

1913

Per un codice del procedimento civile. Discorso pronunziato dal Procuratore generale nell'assemblea generale del 6 novembre 1913 per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1913-1914, Roma, Stamperia Reale Ripamonti, pp. 35, e in *Dir. e giur.*, 330.

Manuale della procedura civile, 7ª ediz., I, Torino, U.t.e.

L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - R. DE NOTARISTEFANI - S. LONGHI, *Commento al c.p.p.*, Torino, U.t.e.

1914

I delitti di sangue in Italia. Discorso pronunziato dal Procuratore generale nell'assemblea generale del 9 novembre 1914 per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1914-1915, Roma, Armani & Stein, pp. 24, e in *Cass. unica*, XXVI, 33, in *Giust. pen.*, 1857, in *Eloquenza*, II, 321, e in *Scuola pos.*, 995.

Manuale della procedura civile, 7ª ediz., II, Torino, U.t.e.

Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata (con la collaborazione di G. AZZARITI), in *Codice di commercio commentato*[4], IX, Torino, U.t.e.

L. MORTARA - U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Torino, U.t.e., 2 voll.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1915

Manuale della procedura civile, 8ª ediz., I, Torino, U.t.e.

L. MORTARA - U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, U.t.e.

L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - R. DE NOTARISTEFANI - S. LONGHI, *Commento al c.p.p.*, III e V, Torino, U.t.e.

1916

Manuale della procedura civile, 8ª ediz., II, Torino, U.t.e.

1917

Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario, in *Giur. it.*, IV, 58.

1918

Per una riforma d'ordine morale alla legislazione sul matrimonio, in *Giur. it.*, IV, 116.

Forma del sequestro conservativo in mani proprie, in *Giur. it.*, I, 1, 761, e in *Foro it.*, I, 846.

L'idea latina e l'idea tedesca della giustizia. Discorso pronunciato il 1° dicembre 1918 in Roma nel Palazzo di giustizia, in *Conferenze e prolusioni*, XI, 24, Roma, Armani, pp. 13.

Per la riforma del Senato, in *Riv. d'Italia*, III, 243.

L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - R. DE NOTARISTEFANI - S. LONGHI, *Commento al c.p.p.*, IV, Torino, U.t.e.

1919

La riforma dell'art. 941 c.p.c. (Relazione), in *Mon. trib.*, 577.

Del termine per ricorrere contro il decreto che approva lo statuto di una istituzione di beneficenza, in *Giur. it.*, III, 81.

Per la capacità giuridica e professionale della donna (Relazione della commissione del Senato sul progetto di legge approvato dalla camera dei deputati il 9 marzo 1919), in *Giur. it.*, IV, 24.

L. MORTARA ed altri, *Il codice di commercio commentato*, I, 2, Torino, U.t.e.

1920

L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - R. DE NOTARISTE-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

FANI - S. LONGHI, *Commento al c.p.p.*, fasc. 140-149 (fine vol. VI), Torino, U.t.e.

1921

Questioni sulla dichiarazione di contumacia e sulla qualità processuale del coimputato non appellante, in *Giur. it.*, II, 67.

Manuale della procedura civile, 9ª ediz., I, Torino, U.t.e., pp. 583.

L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - R. DE NOTARISTEFANI - S. LONGHI, *Commento al c.p.p.*, fasc. 150-157 (fine vol. V e inizio VII), Torino, U.t.e.

1922

Ancora sul luogo di esecuzione delle sentenze di divorzio, in *Giur. it.*, I, 2, 123.

La giurisdizione speciale sugli infortuni nel lavoro in agricoltura, in *Rass. prev. soc.*, 9, 1.

Istituzioni di procedura civile. Nuova edizione dei *Principii di procedura civile*, interamente rifatta, Firenze, Barbèra, pp. 447.

L. MORTARA - U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, 2ª ediz., 2 voll., pp. 745 e 853, Torino, U.t.e.

L. MORTARA - G. AZZARITI, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, Torino, U.t.e.

1923

Sulla durata e la trasmissione del diritto di autore, in *Giur. it.*, I, 2, 521.

L'autorità della sentenza civile nel processo penale e in particolare nel fallimento, in *Riv. dir. comm.*, 81.

La riparazione pecuniaria e la competenza a pronunciare la relativa condanna, in *Giur. it.*, I, 1, 817.

Per il nuovo codice della procedura civile: riflessioni e proposte, in *Giur. it.*, IV, 136.

Breve commento alle nuove disposizioni su la competenza civile dei pretori e conciliatori e il procedimento per ingiunzione. Appendice al *Manuale della procedura civile*, Torino, Utet, pp. 119.

Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I^5, $II\text{-}V^4$, Milano, Vallardi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

1924

L'annullamento senza rinvio, in *Scuola pos.*, 193.

Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte (parte seconda), in *Giur. it.*, IV, 1.

1925

Il mandato a ricorrere per cassazione e l'art. 41 R.D. 26 ottobre 1923, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 85 (3).

Sul nuovo codice di procedura civile, (1923), in Ministero della giustizia e degli affari di culto, *Delega al governo per emendamenti al codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile,* Roma, 307 ss.

1926

Alcune osservazioni intorno alle norme restrittive della vendita di immobili destinati a industria alberghiera, in *Giur. it.*, I, 1, 5.

Azioni privilegiate nel voto, in *Dir. fall.*, 334.

[Relazione al Ministro], in Comissione reale per la riforma dei codici. Sottocommissione C, *Codice di procedura civile, Progetto,* Roma, II ss.

1927

Nuova discussione circa le norme restrittive delle vendite e locazioni d'immobili ad uso di alberghi, in *Giur. it.*, I, 1, 1249.

Legittimità e insindacabilità in sede giurisdizionale dello 'Statuto accessorio nei titoli e negli attributi nobiliari' promulgato col reale decreto 16 agosto 1926, n. 1489, in *Giur. it.*, III, 231.

Lettera, (1926), in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, XIII.

1928

Tribunali delle acque. Questioni di competenza, in *Giur. it.*, I, 1, 359.

---

(3) È l'unico saggio di Mortara apparso nella *Riv. dir. proc. civ.*, ch'era stata fondata l'anno prima.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Una interessante controversia in tema di concordato per l'imposta sui profitti di guerra, in *Giur. it.*, I, 1, 251.

La priorità processuale della eccezione di perenzione d'istanza, in *Giur. it.*, I, 2, 123.

1929 (4)

1930 (5)

I consigli provinciali della economia e gli usi mercantili ed agrari, in *Giur. it.*, I, 1, 403.

Per la corretta interpretazione dell'art. 12 c.p.p., in *Giur. it.*, I, 1, 1027.

Controversie individuali del lavoro: Appello da sentenze interlocutorie, in *Giur. it.*, I, 2, 33.

Ancora poche parole sul petitum, *e sulla* causa petendi, in *Giur. it.*, III, 90.

La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi, in *Riv. dir. pubbl.*, 389.

Per la retta interpretazione dell'art. 10 R.D.L. 20 settembre 1926, n. 1643, in *Giur. it.*, III, 137.

Istituzioni di procedura civile, nuova edizione aggiornata da S. LENER, Firenze, Barbèra.

1931 (6)

Ancora sull'art. 12 c.p.p., in *Giur. it.*, I, 1, 235.

Un contrasto da evitare fra il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, in *Giur. it.*, I, 1, 935.

---

(4) Nel 1929 vanno segnalati due saggi di E.C.S., che, secondo CIPRIANI, *op. cit.*, cap. XII, nota 66, era una sigla dietro la quale si nascondeva Mortara: v. E.C.S., *Regolamenti edilizi e servitù legali*, in *Giur. it.*, I, 405; *L'art. 13 della legge per Napoli e le sue applicazioni estensive mediante leggi speciali, ibidem*, 467.

(5) Anche nel 1930 *adde* E.C.S., *Ancora sul criterio discretivo della competenza nel sindacato di legittimità di provvedimenti amministrativi*, in *Giur. it.*, III, 149.

(6) *Adde* E.C.S., *La corte di cassazione e l'eccesso di potere nel campo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1931, I, 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'osservanza del foro erariale avanti il Tribunale superiore delle acque pubbliche, in *Giur. it.*, I, 2, 20.

1932 (7)

Curiose vicende di una interessante controversia in tema di esenzione giurisdizionale di Stati esteri, in *Giur. it.*, I, 1, 1161.
In tema di annullamento di matrimonio, in *Giur. it.*, I, 1, 1187.

1933

Il mandato al procuratore ad lites *per l'appello nelle controversie individuali del lavoro*, in *Giur. it.*, I, 1, 26.
L. MORTARA - G. AZZARITI, *L'esercizio delle azioni commerciali e la loro durata*, Torino, Utet.

1934

La sottoscrizione dell'avvocato nelle copie notificate per cassazione, in *Giur. it.*, I, 1, 1165.
Ufficiali giudiziari e commessi. Atti di citazione. Sottoscrizioni rispettive. Sanzioni, in *Giur. it.*, I, 1, 326.
Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere, in *Giur. it.*, I, 1, 495.
L'art. 4 della legge 10 luglio 1930 sul fallimento, in *Giur. it.*, I, 1, 1243.
Il processo nelle controversie individuali del lavoro. Il passato, il presente, il futuro, in *Giur. it.*, IV, 211.
Della competenza del giudice di rinvio e questioni connesse, in *Giur. it.*, I, 1, 951.
Alcune riflessioni ancora sulle funzioni dei commessi autorizzati e sulle sottoscrizioni degli ufficiali giudiziari ai loro atti, in *Giur. it.*, I, 1, 1027.

1935

Ufficiali giudiziari e commessi. Atti di citazione. Sottoscrizioni relative. Sanzioni, in *Giur. it.*, I, 1, 423.

---

(7) *Adde* ancora E.C.S., *Identificazione del condannato e questione di stato*, in *Giur. it.*, II, 45.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Eccesso di interpretazione dell'art. 97 l. sulla riscossione delle imposte dirette. Dimenticata osservanza dell'art. 51 l. sul fallimento 10 luglio 1930, in *Giur. it.*, I, 1, 861.

Compenso al curatore di fallimento: liquidazione; impugnabilità, in *Giur. it.*, I, 2, 405.

Inciampi alla esecuzione forzata nelle controversie individuali del lavoro, in *La magistratura del lavoro delle Venezie*, anno II, n. 8, Verona.

Istituzioni di procedura civile, nuova edizione aggiornata dall'autore, Firenze, Barbèra.

1936

Brevi note in tema di conflitto giurisdizionale, in *Giur. it.*, I, 1, 506.

Arbitrato obbligatorio: giurisdizione speciale, in *Giur. it.*, I, 1, 679.

'Foro della sostanza' e giudizio di delibazione, in *Giur. it.*, I, 1, 853.

Ancora sull'art. 5 della legge 10 luglio 1930 e sulla doverosa comprensione della norma legislativa, in *Giur. it.*, I, 1, 973.

Ancora sull'art. 97 della legge sulla riscossione delle imposte dirette e sul privilegio delle spese generali del fallimento, in *Giur. it.*, I, 1, 457.

La riforma del procedimento per ingiunzione, (1919), in *Giur. it.*, IV, 25.

Il pensiero di Lodovico Mortara (parere *pro veritate* in causa Gentile c. Arvizzigno), in *La Corte di Bari e del Salento,* I, 263 ss.

1937

Istituzioni di procedura civile. Nuova edizione aggiornata da U. Guidi, Firenze, Barbèra.

1969

Pagine autobiografiche, (1933), in S. Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, Cedam, 39.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LA LOTTA PER L'UGUAGLIANZA

PROLUSIONE
AL
CORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE
FATTO PER INCARICO NELL'UNIVERSITÀ DI PISA
DAL PROFESSORE
LODOVICO MORTARA
ORDINARIO DI PROCEDURA CIVILE E ORD. GIUDIZIARIO
NELL'ANNO 1888-89

SIGNORI — L'insegnamento del diritto costituzionale, per sè importantissimo, lo è ancora più nella attuale ripartizione degli studi giuridici, dovendo comprendere nel suo programma lo sviluppo dei fondamentali concetti del diritto pubblico, in un coi principî della scienza politica, oltre la materia strettamente propria del nostro studio, cioè l'esame delle istituzioni politiche italiane e del loro modo di funzionare, in comparazione con quelle degli altri principali Stati del mondo. Non io mi dissimulo in alcuna parte la grave difficoltà del nobile ufficio. Nè mi incoraggia ad assumerlo la coscienza delle mie forze; bensì mi danno conforto la fiducia di cui sono stato onorato e la lusinga di potermi giovare degli studi con affetto costante sempre coltivati nel campo di questa scienza ch'io reputo strettamente collegata con quella del diritto giudiziario a cui la mia attività più specialmente è dedicata. Imperocchè io stimo che a trattare scientificamente del diritto giudiziario non basti la fredda analisi degli atti di procedura e delle loro forme, o la discussione arida delle fattispecie contenziose; ma si debba risalire alle ragioni somme della giustizia, le quali non possono essere conosciute se non portando indagini accurate e profonde su le discipline del diritto pubblico, dove hanno radice l'essere e lo agire della giustizia, di questa aspirazione e meta suprema della civile convivenza.

Le difficoltà dello studio del diritto pubblico sono essenzialmente diverse da quelle che riguardano lo studio del diritto privato. Soggetto del diritto privato è l'uomo civile, posto cioè in vita di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

relazione coi suoi simili e con le cose che sono strumento al suo benessere ed allo sviluppo della sua attività. Soggetto del diritto pubblico è il vincolo sociale fra gli uomini, considerato in quella forma ed in quelle condizioni che ne assicurano la persistenza ed il mantenimento; od in altri termini, la organizzazione politica della società. Ora, il soggetto del diritto privato, l'uomo civile, possiede il proprio tipo già abbastanza completamente formato da un'epoca che si può dire omai antica. Ed i principii cardinali della scienza del diritto privato hanno potuto intorno a questo tipo stabilirsi e rimanere consolidati in una sapiente e fruttuosa elaborazione che è gloria dei nostri lontani antenati. Il procedere dei secoli, lo svolgersi della vita civile, producono nuovi atteggiamenti nelle relazioni giuridiche fra individuo ed individuo e fra gli individui e le cose; ma per ora, almeno in via generale, provvede ai bisogni di queste progressive manifestazioni l'adattamento ad esse, con alcuna conveniente novità di forme, di quegli antichi principii del romano diritto che sempre continuano ad essere le pietre angolari del grande edifizio, i capisaldi di ogni moderna e più perfezionata dottrina. — Per contrario, il soggetto del diritto pubblico, la organizzazione politica della società, lungi dal possedere un tipo stabile e duraturo è stato dalle prime epoche storiche ed è tuttavia in un continuo *divenire.* Le mutazioni incessanti che esso subisce, ora lentamente predisposte attraverso i secoli, ora tempestosamente irrompenti come fiumana devastatrice, ne modificano di età in età non solo lo aspetto e le forme, ma la essenza medesima. Ben poterono affaticarsi intorno alla dottrina dello Stato le menti dei maggiori filosofi dell'antichità; ma l'opera loro, rimane solo come monumento dell'alto ingegno di chi la compiva, non come utile fondamento alle costruzioni scientifiche dei nepoti. Quel tipo che essi avevano veduto, che avevano studiato, scompare d'un tratto dalla vita; ed i pensatori delle successive generazioni si trovano di fronte a tipi progressivamente nuovi e diversi, intorno ai quali elevano altre dottrine ed altri principii, destinati a restare nella scienza tanto solo quanto resisterà nella storia la figura dello Stato che fornì materia alle loro meditazioni. Aggiungasi che il tipo del diritto privato è, con lievissima differenza, il medesimo dovunque, nelle società giunte ad un certo grado di incivilimento; mentre i tipi dello Stato, in una medesima epoca ed in un grado uguale di civiltà sono quasi altrettanti quante le nazioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se tutta la storia attesta la verità di queste osservazioni, il tempo nostro in particolare sarà memorando per avere addensati nel dominio della scienza del diritto pubblico i più gravi problemi che mai siano stati argomento delle sue indagini. Fra tutte le trasformazioni che nella organizzazione politica delle società, e conseguentemente nella dottrina dello Stato, sonosi compiute, la più solenne, la più decisiva è quella che sotto i nostri occhi oggidì vediamo maturarsi, frutto di un nuovo elemento vitale che nel terreno dei fatti ed in quello dei principii è stato introdotto dai due grandi avvenimenti storici di cui questi giorni suscitano più religioso ricordo, poichè ora un secolo si compie, da che la rivoluzione americana coronava il suo successo e la francese iniziava le epiche sue prove. — Furono esse che diedero consecrazione irrevocabile ad una idea semplice e sublime, latente per lo innanzi nella coscienza dell'umanità, intraveduta e timidamente od incompletamente enunciata da qualche solitario pensatore, da robusti ingegni dichiaratamente avversata, nel fatto dovunque spregiata e rinnegata; l'idea della uguaglianza di diritto di tutti gli uomini. Credo di non offendere la verità, affermando che questa idea, sortita ad altissimi destini, non aveva ricevuto anteriormente alcuna politica consecrazione; imperocchè neppure la memorabile rivoluzione inglese del secolo precedente fu compiuta per essa o nel suo nome. La rivoluzione inglese, che pure ha avuti effetti mondiali di primaria importanza, segnò il trionfo della idea della libertà politica che non è certo lecito confondere con la idea della uguaglianza di diritto di tutti gli uomini. Essa ha rivendicato alla nazione la sovranità, sfrondando ed abbattendo il mistico privilegio che ne faceva patrimonio di un uomo; ma la organizzazione della società rimase del resto qual'era, gravata da tutto il peso delle tradizioni medioevali; e continuò la divisione delle classi fondata sui criterî feudali della nascita e della proprietà; onde il sistema politico uscito da quella rivoluzione fu piuttosto una larga oligarchia che una schietta democrazia. Del che è a vedersi la cagione nei tempi e nelle condizioni sociali non apparecchiate ancora ad un regime migliore. L'idea di uguaglianza giuridica è venuta poi svolgendosi anche in Inghilterra ed ha propagato le sue radici nel terreno delle preesistenti istituzioni, massimamente nell'ultimo mezzo secolo; il precedente trionfo della idea di libertà politica ha avuto per il popolo inglese questo benefico risultato; che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il principio della uguaglianza giuridica ha potuto progredire fra esso in un cammino di conquista pacifica, non richiedendo più l'opera violenta della rivoluzione, ma il sussidio fecondo e civile di una savia legislazione, guidata dall'apostolato perseverante di quei grandi statisti che fanno dell'Inghilterra il paese classico del moderno liberalismo.

La rivoluzione americana e la francese deggiono essere considerate insieme, non solo per ragione di tempo, ma ancora meglio per la conformità dei principii che esse trassero a vittoria. La maggior parte, invero, e la più importante, dei concetti espressi dogmaticamente nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, era già stata proclamata nelle dichiarazioni d'indipendenza o nelle costituzioni dei vari Stati che formarono il primo nucleo dell'Unione Americana. Anche in questi atti, come nella Dichiarazione francese, anzi qualche anno prima che in essa, furono altamente affermati i diritti inalienabili di tutti gli uomini (non importa qui discutere il valore scientifico della denominazione), la vita, la libertà, la proprietà, la sovranità nazionale, la resistenza all'oppressione. — Giova però riconoscere all'opera della rivoluzione francese un merito superiore a quello dell'americana, in quanto il fondamentale concetto della uguaglianza di diritto uscì da essa più puro e più perfetto. I fondatori dell'Unione Americana si trovarono di fronte ad un grande interesse materiale collegato ad un istituto che è la più barbara negazione dell'uguaglianza, la schiavitù; e non reputarono prudente di attaccarlo, timorosi di compromettere tutta la grande impresa; onde preferirono circondarlo di una discreta penombra, tramandando ai successori il nobile cómpito di condurre a termine e suggellare veramente la rivoluzione, spezzando le catene degli schiavi. Di certo il prudente riserbo della Costituzione federale americana non ha nessun punto di rassomiglianza con l'antica dottrina aristotelica della legittimità e necessità della schiavitù, a guarentigia della libertà di alcune classi fortunate. Ad ogni modo è indiscutibile, che l'Assemblea nazionale di Francia, non preoccupata da quel problema economico, fu meglio in grado di concepire l'idea della uguaglianza di diritto nella più fulgida sua integrità.

Sarebbe per altro un errore, dalle cui conseguenze importa moltissimo guardarsi, il pensare che le rivoluzioni abbiano prodotto il principio dell'uguaglianza, quasi per generazione spontanea. Se

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così fosse, le diffidenze della critica scientifica contro di esso, sarebbero tutte pienamente giustificate; poichè avrebbe l'apparenza di fenomeno patologico, o produzione morbosa di un periodo di agitazione e di vera infermità del corpo sociale, quale deve ragionevolmente essere considerato un periodo rivoluzionario, non potendo in alcuna maniera sostenersi che la rivoluzione sia lo stato normale del consorzio civile. L'errore a cui accenno merita la maggiore attenzione. Esso non è di quelli che si contemplano talvolta dallo scienziato, in via d'ipotesi, per aggiungere, con la loro confutazione, maggiore forza persuadente alla teoria che deve essere dimostrata. Ma ha una importanza reale ed esercita una influenza molto sensibile sopra gli studi del diritto pubblico. Non pochi, fra i più insigni dei suoi cultori, scambiando inavvertitamente l'effetto con la causa, il fenomeno con la essenza della cosa, hanno posto quell'errore a base di sistemi scientifici diretti a combattere le maggiori conseguenze politiche del glorioso trionfo del principio d'uguaglianza. Ed anche fuori del campo della scienza, in quello della politica pratica, e ciò indubitabilmente è ancora più grave, l'errore medesimo ha servito di sgabello alle più energiche reazioni contro le applicazioni di quel principio; ed oggi tuttavia costituisce l'arme più fidata dei nemici della libertà, l'ostacolo più formidabile allo svolgimento del progresso civile. Le bollenti passioni dell'epoca rivoluzionaria sono ormai da tempo sedate; ed il principio dell'uguaglianza di diritto di tutti gli uomini ha esercitato già una larghissima e benefica influenza sopra le organizzazioni politiche dei popoli civili e sopra la dottrina moderna dello Stato. Esso però non cessa di essere censurato e tacciato come utopia dottrinaria, non rispondente alle condizioni dell'umanità ed ai suoi destini storici; non cessa di essere anatemizzato come contrario a quel razionale assetto delle istituzioni politiche dei popoli, che si vuole reclamato dal fine del loro benessere e della loro felicità presente ed avvenire. La discussione è manifestamente delle più interessanti, anzi, senza riserve, la più interessante di tutte per lo studioso del diritto pubblico.

Io non mi occupo qui affatto della teoria del diritto divino che è la più antica e la più spiccata negazione del principio d'uguaglianza. Sebbene essa abbia moderni difensori pieni di zelo, — e basterebbe ricordare lo Stahl, — va perdendo seguito fra gli uomini colti e gli studiosi, fra coloro stessi che non sentono perciò il bisogno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di far professione di positivismo o di ateismo. Alcuni scrittori, specialmente in Germania, la dissimulano sotto il nome di *diritto tradizionale*; ma questo travestimento, se può ingannare per breve ora, non resiste all'analisi spassionata della critica. Il fondamento primo del cosiddetto diritto tradizionale non si può altrove stabilire se non nella ipotesi della volontà divina; e si è quindi ricondotti al fallace concetto che questa volontà investa certe famiglie o certe forme di governo di diritti sovra i popoli. Non potrebbesi esitare a ripetere con Pascal: «Se Dio ci inviasse di sua mano i nostri governanti, converrebbe prestar loro obbedienza di gran cuore». Ma noi siamo costretti, per mala sorte, a deplorare col Beaussire, che fuori dei racconti biblici l'intervento diretto della divinità nel governo degli Stati, non sia mai riuscito visibile; e le istituzioni che più vantavano la consecrazione del cielo furono abbattute da rivoluzioni, che sono opera d'uomini e che la coscienza umana ha il diritto di giudicare. L'idea della divinità è dunque dai più sinceri e più saggi fra i credenti, collocata giustamente tanto in alto da non ammettere che la si profani coll'immediato e continuo suo ingerimento nelle cose della terra.

Ma posto da parte il diritto divino, non tralascia di essere piena d'insidie e di pericoli per il principio dell'uguaglianza di diritto la guerra che deve sostenere contro filosofi, politici e giuristi. Questo principio dell'uguaglianza corrisponde esso veramente ad un *fatto*, od è una pura utopia? Ecco il grave problema. Poichè la scienza del diritto, sia pubblico o sia privato, non può avere consistenza se non nei fatti; è dai fatti che la regola giuridica deve essere dedotta, se ha da rendersi capace di applicazione ad essi, per dirigerli e disciplinarli. Ora, vi ha un fatto che si verifica in tutta la storia dell'umanità, che domina lo svolgimento della vita umana, individuale e sociale, come quello della vita di tutti gli altri esseri, il quale sembra contraddire perentoriamente al fatto dell'uguaglianza di cui ci siamo proposta la ricerca; il quale sembra distruggere perfino la serietà estrinseca di ogni dottrina giuridica e politica fondata su questo principio. Ed è la contemplazione di codesto fatto che conduce tanto numero di autorevolissimi pensatori a concludere per la impossibilità di erigere la dottrina dello Stato sulla base dell'uguaglianza di diritto degli uomini, considerando sognatori quelli che si ostinano a vagheggiarne il generoso divisamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il fatto a cui alludo, è che l'uomo obbedisce, al pari di tutti gli altri esseri viventi sulla terra, alla legge universale della lotta per l'esistenza. Questa legge, di cui invano cercherebbesi scrutare la inconoscibile ragione, è stata ormai nel campo delle scienze naturali così compiutamente analizzata da non richiedere ulteriori verificazioni. Nel campo delle scienze sociali l'indagine analitica ha fatto minore cammino; ma tutta la storia del genere umano attesta il suo impero; e la coscienza, spesso indistinta, di essa, si rivela all'attento indagatore, in tutte le teorie politiche che hanno veduto la luce nel mondo, assai prima che la formola scientifica ed il nome di questa legge fossero enunciati. L'uomo vive nella aspirazione costante del proprio miglioramento alla ricerca del quale muove tutto lo sforzo della sua operosità. Confine naturale allo sviluppo di questo sforzo sono solamente gli ostacoli che non riesce a vincere. Fin dove la sua potenza lo conduce, l'uomo estende i suoi desiderî e ne procaccia l'appagamento. Non dissimilmente l'albero d'alto fusto cresce e prospera nella foresta depauperando la terra dei succhi vitali a danno delle erbe e degli arbusti; e la fiera dà la caccia agli animali che servono al suo pasto, ritraendosi o cadendo vittima a sua volta al cospetto di animali più forti. Anzi questo consueto paragone non è neppure esatto. L'animale e la pianta producono nel mondo degli esseri inferiori solo quel tanto di strage o distruzione che è richiesto dal bisogno del loro organico sviluppo; e la misura se ne può dire quindi prestabilita uniformemente dalla naturale loro costituzione. Non è così per l'umanità. Le forze dell'uomo crescono nella lotta e le sue armi si affinano in essa; il soddisfacimento dei bisogni attuali ne genera di nuovi; quanto più grande è il miglioramento ottenuto, tanto più si allarga il campo delle successive aspirazioni; e la meta delle bramate conquiste si fa sempre più lontana. Ed è tanto prepotente l'impero di questa legge, che il sacrifizio del suo simile non rattiene la cupidigia del vincitore; egli passa senza scrupolo su la vita e la libertà degli altri uomini, quando lo consideri utile mezzo per servire alla prosperità sua.

Non gli individui isolati, ma anche le collettività umane obbediscono alla stessa legge. Lo stato di guerra delle società, perpetuatosi fra esse da secoli, e che in quasi tutto il mondo è ancora la regola delle loro relazioni, altro non rappresenta se non il fenomeno della lotta per l'esistenza fra i popoli. Ciò è perfettamente logico; poichè

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gli umani consorzi non possono avere altre qualità od altre tendenze se non quelle prodotte dalla generalizzazione delle tendenze e delle qualità degli individui che li compongono. E così dalle piccole e barbare tribù ai più civili sodalizi delle nazioni europee, ogni comunità ha sempre estrinsecata la uniforme tendenza a sviluppare e crescere la potenza propria a spese del diritto e della libertà di un'altra. La formola recente della pace armata, come unico espediente atto a guarentire la sicurezza dei popoli, non è un paradosso, nè la ingannatrice espressione di biechi avvolgimenti politici; ma la testimonianza più schietta del fatale impero della lotta per l'esistenza; poichè come questa lotta non ha luogo fra gli individui ugualmente forti, così essa è impedita fra le consociazioni dal reciproco timore della rispettiva potenza.

Chi può negare il fatto di questa legge e della sua azione costante fra l'umanità? L'ottimismo più roseo tenterà di confortarci dimostrando, che il culmine eccelso dell'umana perfezione non può essere toccato se non a prezzo di sagrifici, di dolori, di sangue. Le religioni predicheranno la rassegnazione ai voleri imperscrutabili della Provvidenza, la quale, come scriveva S. Agostino, è abbastanza possente per far scaturire il bene anche dal male. Ma tutto ciò non attenua nulla alla rigidità severa degli insegnamenti della storia, che in ogni sua linea ha segnato un novello trionfo della forza solo come tale e perchè tale, e ci mostra la lotta per l'esistenza essere il fatale risultato delle disuguaglianze fra gli uomini e fra le consociazioni, ed essere a sua volta cagione perpetua di nuove disuguaglianze e quindi di nuove cause di lotta.

Il mio discorso è stretto dalla necessità della rapidissima sintesi. Astenendomi adunque dal ricordare e commentare fatti specifici, di questa o di quella età, menzionerò soltanto gli effetti generali che produsse su le organizzazioni politiche dei popoli europei lo stato di guerra permanente imposto dalla legge della lotta per l'esistenza. Il primo effetto e più visibile è il dispotismo, in tutte le sue forme o gradazioni; ossia, il potere assoluto sullo Stato usurpato da una dinastia o da una casta, col favore delle condizioni più propizie al consolidamento della sua potenza; la predominanza di una classe sull'altra, per la forza delle armi o per quella del possesso territoriale; una divisione della società che non ha nulla da invidiare a quella dei popoli indiani; poichè in tutto l'antico evo ed in quello di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mezzo vi furono in Europa classi di esseri umani a cui dai più forti era negata la stessa umana personalità. Il secondo ed altrettanto generale effetto è la formazione di una dottrina dello Stato conforme al dettame delle opportunità momentanee della sua azione. Il governo è pura e semplice dominazione, così nei rapporti della sovranità coi sudditi, come in quelli con gli altri Stati. La politica adunque non è che l'arte di soddisfare a qualunque prezzo l'avidità della dominazione. Tutto ciò che profitta al sovrano è lecito; ed il benessere dei sudditi non è curato se non come un mezzo per cui egli consegua nuovi vantaggi. Lo Stato, impersonato nel sovrano, è fine a sè medesimo; la *felicità dei soggetti* è una frase di mera forma, che qualche volta serve di manto alle egoistiche mire del principe, più spesso è spudorata menzogna. È vero ed efficace il motto di Holtzendorff, il quale osservando essere la politica dei reggimenti dispotici sistematicamente intesa come la necessaria negazione della morale, scrive che i popoli ne erano considerati gli *strumenti inanimati.* La stessa gloria delle armi e delle conquiste è per il popolo nome vano; è gloria e profitto solo dei governanti. Quale maggiore benessere, quale elemento di prosperità o di felicità trae il popolo vincitore dall'oppressione che la forza dei suoi eserciti porta in paese straniero? S'aumenta il numero dei sudditi, cioè degli strumenti inanimati della politica del sovrano; ecco tutto.

È principalmente questo aspetto della storia della umanità che detta alla filosofia pessimista, da Hobbes a Schopenhauer e ad Hartmann, la sconsolante dottrina secondo la quale l'uguaglianza, e con essa la fratellanza, è impossibile fra gli uomini e fra i popoli, destinati per inesorabile condanna ad una lotta senza termine, in cui la ragione del più forte è la sola base del diritto.

La contemplazione della lotta per l'esistenza nella vita dell'umanità non è però intera nè esatta, se la si limita a quello aspetto che fu ora accennato. La differenza essenziale fra il modo in cui questa legge spiega il suo impero sugli uomini e sugli altri esseri, deriva dalla diversità stessa che esiste nella natura rispettiva. Gli elementi ed i motori dell'attività umana non sono semplicemente quelli d'ordine fisico che agiscono nel mondo degli esseri inferiori, ma noi ne possediamo eziandio d'ordine psicologico. L'intelligenza, la ragione, formano parte integrante dell'uomo; e questa parte della individualità ha bisogni ed ha potenze che richieggono soddisfazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

e sviluppo. Mentre gli esseri inferiori hanno sola un'arme di offesa e di difesa nella lotta per l'esistenza, l'uomo è posto in grado, dalla sua natura, di lottare con due armi diverse. La manifestazione prima dell'attività umana ha luogo per il soddisfacimento dei bisogni materiali; ed è con le forze fisiche che le prime lotte sono sostenute. Grado a grado entrano in campo anche le forze intellettuali; e si adoprano in sussidio di quelle fisiche, per fornire o perfezionare le armi della offesa e della difesa brutale. Poi, a misura che l'intelligenza si sviluppa, la sua forza volge a rendersi autonoma; e nel progredire della vita civile, quanto più essa si rende capace, con l'accumulato patrimonio delle sue energie, di esercitare una influenza decisiva nelle sorti del combattimento, di tanto si rende maggiore la parte che essa aspira a prendervi. Per tal modo si svolge la tendenza delle forze della ragione a prevalere su quelle della materia; e uno spiccato antagonismo si accentua fra l'azione dei due strumenti della lotta umana, la quale ne ritrae una fisionomia ed un andamento tutt'affatto caratteristici.

Ed anche questo è un fatto di cui la storia attesta la verità. Di certo, essa ci mostra come la forza brutale continui a mantenere il primo posto per una lunghissima serie di secoli, limitandosi pur troppo l'opera dell'ingegno ad una parte secondaria e sussidiaria, la quale serve ad aumentare l'effetto e ad assicurare la durata dei trionfi della forza materiale. È questo che avviene in tutte le civiltà antiche, fino alla caduta dell'Impero Romano. Se, tal fiata, un tentativo di emancipazione e di libero esercizio della forza intellettuale illumina di gloria l'opera di taluno fra i grandi precursori della civiltà, lo vediamo spento ben tosto nella stessa sua impotenza. Ma le penose evoluzioni della civiltà hanno omai, per fortuna dei nostri tempi, lasciata addietro codesta situazione, come ricordanza di un passato doloroso quantunque necessario. Il risorgimento della cultura intellettuale, che segnò la fine inevitabile del medio evo, fu la prima squilla annunziatrice dei tempi nuovi. Le maravigliose scoperte dell'età moderna, a cominciare da quelle che rischiararono la generale conoscenza dell'universo e di ciò ch'è in esso il nostro pianeta, venendo a tutte le innumerevoli conquiste della scienza, poste al servizio dell'industria, del commercio, della istruzione, conferirono progressivamente alla forza intellettuale un siffatto grado di autorità e una siffatta potenza di mezzi d'azione, da bastare essa sola per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guarentire il trionfo immancabile dell'uomo, nella lotta che egli deve sostenere per lo svolgimento delle sue facoltà e per il miglioramento del suo essere. L'antico edificio sociale vacilla quindi sulle sue basi; i privilegi acquistati e mantenuti con la forza della conquista, le supremazie in nome di essa esercitate, le interdizioni e tutte le altre inferiorità che solamente il suo giogo aveva create, hanno ormai i loro giorni contati; una forza nuova si diffonde per tutto il corpo sociale e lo anima di novella vita, modificandone gli organi e correggendone le funzioni.

La prevalenza della forza intellettuale non poteva per altro verificarsi d'un tratto, ed in modo immediatamente completo. Essa non è caduta dal cielo fra gli uomini, vestita ed armata; ma nacque dagli elementi propri dell'umana natura, ed il suo sviluppo è eminentemente progressivo. Non può far meraviglia nè suscitare diffidenze il fatto che la sua azione, nel breve corso di secoli che si è convenuto chiamare evo moderno, non sia giunta peranco a cancellare tutte le vestigia degli antichi ordinamenti sociali. Questi, da età remotissime radicati con le loro istituzioni nella vita dei popoli, non esenti da qualche benemerenza, che in certa parte potea renderli accetti, difesi dalla folla degli interessi che alla loro esistenza si erano andati di lunga mano collegando, non hanno ceduto senza resistere, ma hanno lottato e lottano ancora con accanito vigore, contro la corrente nuova che invade le loro trincere e ne travolge uno ad uno i ruderi. E a dir vero questa resistenza era una imprescindibile necessità, derivante dalle stesse condizioni di sviluppo della forza intellettuale. Essa procede progressivamente, come s'è detto; ed a grado a grado dalla ristretta cerchia di eletti tra cui riceve formazione ed impulso si distende e s'infiltra per tutti gli strati della società. Nè il suo avanzamento può essere in ogni dove pariforme; che anzi è inevitabile una profonda disuguaglianza fra il livello della coltura dei vari popoli, secondo i caratteri etnici e le condizioni diverse che la storia del respettivo incivilimento determina per ciascheduno. Onde avviene che la forza bruta è ancora, od almeno pare, un'arma di lotta necessaria, sia rispetto alle classi inferiori, sia nelle relazioni internazionali. Ed è specialmente in questa ultima parte della politica dei paesi civili che essa tiene tuttavia, e manterrà per non breve volgere di tempo, un predominio significante. Ma il libro della storia non si chiude sulle generazioni oggi viventi, nè

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'incedere del progresso civile finisce con esse; laonde è ben lungi dall'apparire una utopia il convincimento che la conquista della forza intellettuale su quella materiale abbia da rendersi nell'avvenire completa e definitiva.

La sostituzione di una forza ad un'altra non esclude la lotta; solamente ne modifica le condizioni. E poichè lotta significa disuguaglianza, la maggior parte dei giuristi e dei sociologi moderni, pure osservando ed affermando le grandi vittorie della forza intellettuale, credono di essere nel vero allorchè professano che non per questo l'uguaglianza giuridica degli uomini cessa di essere una mera utopia. Le ampie dimostrazioni che ha avuto questo concetto in molti scritti recenti, e degni senza dubbio della più alta meditazione, siano di storici e filosofi illustri come il Comte, il Renan, il Mommsen, lo Strauss, siano di maestri della sociologia, come lo Spencer e lo Schäffle, da qualunque scuola vengano, a qualunque fine tendano, sono la ripetizione, illustrata e corroborata da più eloquenti sviluppi, di quei dubbi che già sorsero in Francia pochi anni dopo spenti gli echi della rivoluzione e che ebbero ad interpreti i sansimoniani. Pare in sostanza, che mutati i requisiti per cui si stabiliscono le superiorità e le inferiorità sociali, null'altro vi sarà di mutato nell'ordinamento degli umani consorzi. La signoria delle più forti intelligenze sostituita a quella dei muscoli più vigorosi non tralascerà di produrre sudditi e despoti, oppressi ed oppressori, deboli e potenti. Nè alla durezza della lotta si saprebbe così prevedere altra causa di mitigazione che non sia la eliminazione dei deboli, cioè a dire degli elementi sociali inferiori, per un graduale processo di selezione sociale.

Se questo fosse da credere, se la attenta osservazione dei fenomeni della vita civile dell'umanità autorizzasse veramente queste conclusioni, il principio dell'uguaglianza ne andrebbe manifestamente distrutto. Ma è precisamente la fede che meritano queste dottrine che bisogna analizzare con cura e con imparzialità di pensiero. La stessa severità scientifica di cui si presentano rivestite, come deduzioni che affermansi tratte con logica inflessibile dall'analisi comparativa dei fatti sociali, conferisce ad esse un fascino che per avventura può nuocere alla severità dell'apprezzamento.

Per mio avviso, in opposizione alle dottrine che ho menzionate, la vittoria della forza intellettuale sopra la forza materiale, come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regolatrice delle relazioni fra gli uomini, conduce per necessità imprescindibile al trionfo del principio dell'uguaglianza di diritto, che è fondamento indispensabile alla durata del suo dominio. E la dimostrazione mi sembra abbastanza semplice e chiara; sì che può trovar posto nel presente discorso, senza farlo eccedere dai giusti confini.

Il dominio della forza intellettuale per essere un fatto positivo deve trovare il suo substrato primo in questa regola: che nessun ostacolo artificiale sia frapposto dalle istituzioni dei consorzi umani allo svolgimento delle singole energie individuali. Quando la regola della vita sociale era il dominio della forza materiale, ben si comprende come quella organizzazione di essa che aveva condotto alla vittoria, dovesse tosto essere di poi rivolta ad assodare la dominazione del vincitore, soprattutto col frapporre ostacoli d'ogni fatta alla eventuale futura prevalenza di altre forze. Quindi la schiavitù dei tempi antichi; quindi le ferree barriere che separavano i ceti nei tempi medievali; quindi le diffidenze e le interdizioni contro gli stranieri; quindi le persecuzioni del pensiero e della coscienza, i martirii ed i roghi. Era la natura stessa della forza vincitrice che esigeva cotali presidii. Al contrario, se noi ci studiamo di supporre qualche cosa di simile nei riguardi della forza intellettuale, siamo tratti inevitabilmente a snaturarne e a doverne negare la essenziale caratteristica. Se ammettiamo la possibilità che si formi nel seno di un consorzio civile una aristocrazia del pensiero, la quale, giunta al più elevato grado di potenza, deliberi di chiudere il libro d'oro del patriziato intellettuale ad esclusivo beneficio proprio, per erigere una casta od una dinastia dominante, è facile accorgersi che questo fatto medesimo costituisce un atto di prepotenza brutale, ed inizia la serie di quelli da cui avrà vita una riproduzione pura e semplice delle antiche forme del dispotismo. Non è più la pura forza intellettuale che signoreggia, ma è la forza materiale che si giova delle armi fornitele dalla scienza, per ristabilire il suo dominio.

Se ciò potesse avvenire, la forza intellettuale avrebbe distrutto sè stessa, in grazia del proprio abuso. Ma se la distruzione derivante dall'eccesso è possibile per la forza brutale, affrettiamoci a dire che è assolutamente impossibile per la forza intellettuale, poichè l'abuso o l'eccesso di cui si è contemplata l'ipotesi è esso medesimo affatto impossibile. Una società arrivata a tale grado di incivilimento che la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forza intellettuale sia in essa la sola dominatrice, non può di certo offrire lo spettacolo di uno strato o di una classe sociale costituita da elevatissime intelligenze, separato per una via di un abisso dalla maggioranza del popolo. Una simile condizione non permetterebbe punto che si realizzasse lo schietto predominio della intelligenza, il quale anzi ha bisogno di un solido piedistallo nella larga e ricca diffusione di una generale coltura di tutte le menti, poichè a questo patto soltanto può l'autorità dell'ingegno essere riconosciuta e volontariamente riverita. Le masse affatto ignoranti ed incivili non s'inchinano davanti la forza intellettuale, ma obbediscono alla spada ed al bastone. Per non creare adunque ipotesi capricciose e prive di senso pratico, siamo in dovere di immaginare una società composta di membri non ugualmente dotti, non ugualmente saggi, ma nella quale però l'altezza della coltura toccando un apice elevatissimo in alcuni individui vada lentamente e quasi insensibilmente digradando per i vari strati del corpo sociale, di guisa che la scala dell'incivilimento proceda dall'imo al sommo per breve corso, senza salti e senza interruzione di gradi. Per una società cosiffatta è solamente ammissibile la concezione del dominio puro ed incontrastato della forza intellettuale. E basta avere data di ciò la persuasione per avere dimostrato in un sol punto essere impossibile, come io dicevo, che la formazione di una chiusa oligarchia imperante riconduca al dispotismo della forza materiale. Imperocchè una oligarchia non si può formare se non per la pazienza delle classi che dovrebbero essere destinate ad obbedirle. E come questa pazienza potrebbe mai realizzarsi in una società nella quale la linea di separazione fra una classe ed un'altra non esiste? In qual punto si segnerebbe la delimitazione della classe capace di dominazione permanente, se ogni individuo vede di fianco a sè chi gli è di così poco inferiore da poterlo con breve passo uguagliare? D'altronde questo è l'effetto del progredire della scienza, che i suoi acquisti non possono restare per lungo tratto di tempo patrimonio esclusivo d'uno o di pochi. Una cognizione, fin che sta racchiusa nel pensiero del suo scopritore, sia Galileo o Newton, non appartiene ancora alla scienza nè può produrre alcun effetto. Per diventare scienza, per essere capace di feconde applicazioni, deve essere esposta all'universale, diventare proprietà di tutti, in quanto sia accessibile a tutti coloro che sappiano portare la loro coltura al grado richiesto per intenderla e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

profittarne. Ora, fu giustamente osservato, che una oligarchia come quella che abbiamo voluta supporre, non si fonda e non si mantiene se non col sussidio di mezzi materiali di dominazione; e questi mezzi se pure fossero per caso scoperti da ingegni eccelsi, e dapprima ristretti in una cerchia limitata, non potrebbero durare a lungo nel loro privilegiato possesso; non vi potrebbero neppure durare quello spazio di tempo che bastasse ai preparativi per la instaurazione del reggimento oligarchico alla cui difesa dovrebbero essere dedicati.

A queste considerazioni se ne aggiunga una ulteriore di grandissimo rilievo. La forza intellettuale non si trasmette per successione; e questa forza essendo il requisito indispensabile, per ciascun individuo, all'acquisto della massima potenza possibile, è chiaro che non si possono ideare dinastie di scienziati da sostituire a quelle dei principi e dei grandi feudatari. Questa riflessione conduce però ad un altro importante corollario. Ciascun uomo che abbia conseguito nella società, in grazia dell'alto suo ingegno, una posizione cospicua, deve essere portato dall'interesse naturale per la futura prosperità, per il benessere futuro dei suoi discendenti, a cooperare con ogni sforzo perchè la scala degli onori e del potere rimanga sempre sgombra da ostacoli per chi avrà sufficiente energia a salirla. Questo è invero il solo modo pratico pel quale ciascuno potrà, uscendo di vita, nutrire la certezza di avere assicurato ai propri figli quello stato e quella condizione di esistenza che a lui valsero agi, benessere, soddisfazioni.

È così che una rete di nobili e potenti interessi si deve formare intorno alle società innalzantesi al punto di incivilimento ora considerato, per preservarle dal ricadere nella condizione di asservimento al dispotismo, ossia dalla fatalità dei ricorsi storici esattamente osservati nelle antiche forme politiche. È così che la forza intellettuale si difende per virtù degli stessi elementi intrinseci della sua natura dal pericolo di abusare di sè stessa e di distruggersi per l'abuso. Poichè i suoi trofei non si bagnano nel sangue degli uomini nè si elevano sopra le rovine della libertà umana, sempre che le sia dato spiegare la propria azione pura ed indipendente dal contatto e dal concorso della violenza brutale. Nel che si rileva eziandio come l'elemento etico sia inseparabile dalla sua essenza. Il quale pregio della forza intellettuale sarebbe già dimostrato *a priori* dal solo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riflettere che la morale è il fiore più splendido e profumato del pensiero umano.

Possiamo impertanto considerare luminosamente dimostrata la verità della tesi che l'uguaglianza di diritto è fondamento indispensabile al dominio della forza intellettuale.

L'uguaglianza di diritto non contiene l'uguaglianza di fatto. Anzi il principio della uguaglianza di diritto non ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell'ordine di natura sono inevitabili. Ma l'uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento. Tendenza ed aspirazione che gli uomini dell'età nostra non possono arrogarsi il diritto di giudicare se e quanto siano nel lontano avvenire realizzabili. Nè probabilmente potranno arrogarselo parecchie fra le generazioni che ci seguiranno. E per noi, come pei nostri prossimi discendenti, sarebbe non minore sconsideratezza vagheggiare l'immediata attuazione di un forzato regime di uguaglianza di fatto. Noi, nati in un tempo nel quale la forza intellettuale è tuttavia lontana dall'aver compiuta l'opera della sua surrogazione alla forza materiale, altri obbiettivi dobbiamo prefiggere al contributo dell'attività individuale, nello svolgimento della vita civile. A coadiuvare ed affrettare il trionfo definitivo della forza intellettuale e l'instaurazione del suo impero, la volontà nostra deve essere rivolta; poichè nell'innalzamento della potenza psichica del maggior numero e nella massima diffusione del sapere si contano le di lei vittorie.

L'uguaglianza di diritto degli uomini non è dunque una utopia, ma un fatto reale. È un fatto, che non apparve d'un subito tra i fenomeni della vita sociale in tutta la pienezza della sua ideale perfezione; ma che va gradualmente svolgendosi di pari passo con le conquiste della forza intellettuale. Le rivoluzioni non l'hanno punto creato; ma esse, che furono episodî solenni del grande duello tra la forza del passato e quella dell'avvenire, valsero a dargli rilievo ed a renderlo perspicuo, nel momento opportuno, alla coscienza dei popoli civili.

La gigantesca influenza di questo fatto su tutto l'andamento delle umane correlazioni è assai più presto intuita, almeno nelle grandi linee, che analiticamente descritta. Agli studi che siamo per

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intraprendere appartiene in particolare di conoscerne la importanza rispetto alle istituzioni politiche. Vedremo che essa è immensa. Vedremo esserne scaturita la nozione dello Stato non più come fine a sè stesso, ma come stromento al fine della società, che è poi quello dell'individuo; onde la dignità dell'individuo è restituita per tal modo alla altezza che le spetta. Vedremo la missione dello Stato disegnarsi in forme radicalmente diverse da quelle nella cui contemplazione si compiaceva l'antica scienza politica. Vedremo la costituzione e il funzionamento della sovranità, tutta la legislazione e l'opera governativa, ricevere, con l'impronta del nuovo principio, indirizzi nuovi per le vie della civiltà e del progresso. Vedremo insomma l'organamento dello Stato preordinarsi all'auspicato trionfo definitivo della forza intellettuale, e diventare il più possente cooperatore del grande avvenimento.

Io bramo però di prevenire gli equivoci. Ho già datto, e ripeto, che la forza materiale fu signora del passato e la forza dell'intelligenza dominerà l'avvenire. Il presente è il campo in cui si combatte la loro lotta. Affacciandoci allo studio della scienza politica dobbiamo di ciò specialmente ricordarci. Perchè questa scienza non divenga vaniloquio di sognatori, le sue dottrine deggiono riguardare il presente, non già l'avvenire. Noi non costruiremo adunque la teoria dello Stato e quelle che riguardano le singole funzioni della sovranità sul supposto che la sola forza intellettuale domini del mondo. Ma terremo conto della parte importantissima che vi ha ancora e deve avervi per lungo tempo la forza materiale; poichè la scienza di Stato che non s'informa alle necessità reali della vita, è fomite d'anarchia e di distruzione del vincolo civile, non regola e presidio al suo mantenimento.

E tenendo in considerazione la parte che spetta nell'azione dello Stato alla forza materiale, dovremo tuttavia rammentare che l'ideale di ogni politico progresso sta nel completo suo abbattimento. Invano gli spiriti paurosi, o chiusi alla luce del vero, tentano rinnovare nel mondo civile la piena signoria della forza materiale, invocando alla riscossa i soccorsi della terra e del cielo. Invano essi annunziano che il principio dell'uguaglianza escito dal caos della rivoluzione deve tornare nel nulla. La forza intellettuale disprezza a buon diritto questi ostacoli, poichè ne ha rovesciati ben di maggiori; e le istitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zioni che tendono ad organizzare qualunque specie di reazione contro di essa sono colpevoli di lesa umanità.

Non pertanto, la presente situazione dei consorzi civili, pel dualismo delle forze da cui sono governati, è senza dubbio delle più malagevoli; e le difficoltà della vita sociale si riproducono esattamente nella scienza politica, nella quale mai sono state maggiori le incertezze, più numerose ed ardenti le discussioni, più profondi i dissidî. Il che mi dà motivo per esprimere un voto di studioso e di cittadino. La politica della forza materiale ebbe la sua più alta ed esatta interpretazione scientifica da un immortale italiano, al quale oggimai la critica non volgare ha reso piena giustizia, se i tempi suoi non gli permisero di illustrare un sistema di governo migliore di quel che essi comportavano. Possa la patria di Machiavelli, rigenerata nelle libere istituzioni, porgere al mondo il tipo eccellente dello Stato moderno ed insegnare, per la bocca dei propri figli, il verbo della nuova scienza politica.

(14 gennaio 1889).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PIERO CRAVERI

DE GASPERI E LA LEGGE ELETTORALE DEL 1953.

Si deve a Leopoldo Elia, nella voce dell'*Enciclopedia del diritto, Governo (forma di)*, un'interpretazione del rapporto tra sistema politico e sistema costituzionale nell'epoca degasperiana, «come assai simile a quella accettata nel sistema britannico». Ne consegue, nell'interpretazione di Elia, il seguente schema politico-istituzionale: prima il governo, poi la maggioranza parlamentare, infine il partito. Uno schema, com'è noto, assai distante da quelli che sono i tratti consolidati del nostro sistema di costituzione materiale, basati semmai proprio sull'inversione logica di tale *consecutio*, all'interno di una tipologia che è, o almeno fino ad oggi è stata, piuttosto di «democrazia consensuale» (1).

Tuttavia, come interpretazione del centrismo degasperiano, lo schema di Elia ha i suoi aspetti di relativa plausibilità. In effetti la leadership di De Gasperi, come capo del governo, si traduce simultaneamente in leadership della maggioranza di governo e del partito, anche se il suo carattere è più politico-carismatico, che politico-istituzionale, giacché fin dal settembre del 1946 egli aveva lasciato la segreteria del partito a Piccioni e poi a Gonella, e dopo il 18 aprile i suoi governi non furono propriamente quadripartiti e videro alternarsi questo e quello dei partiti laici. Sebbene, riguardo a quest'ultimo punto, l'alleanza quadripartita conservasse sempre un valore politico in sé, come pure, del resto, sarà per l'apparentamento nel quadro della legge maggioritaria del 1953. Si aggiunga che la prima legislatura, auspice la guerra fredda, la linea Einaudi, la frattura politica e sociale che attraversò in profondità il Paese dopo il 18 aprile, fu quella in cui più netta, sotto ogni aspetto, fu la

(1) A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 31 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrapposizione frontale tra la maggioranza di governo e l'opposizione parlamentare; come ebbe a ricordare Giorgio Amendola, la «più viva» delle legislature (2).

Il carattere apparente dell'approdo al «sistema britannico» si palesa naturalmente nel fatto che, nella concezione di De Gasperi, il rapporto maggioranza-opposizione non era ovviamente reversibile, come si usa dire, non era passibile di alternanza, se non nella forma di una auspicabile alternativa dello stesso regime politico-costituzionale. In quest'ottica suonava falso, ad esempio, lo slogan che caratterizzò proprio la campagna elettorale del 1953, in verità lanciato da Saragat, «elettorale, questa volta puoi scegliere», che nelle polemiche del momento si accompagnava all'ovvia considerazione che comunque le due estreme non avrebbero mai potuto tra loro unirsi per costituire una credibile alternativa.

Da questa pregiudiziale politica nasce quell'impronta della politica istituzionale del centrismo degasperiano, che fu anche riflesso del condizionamento su di essa esercitato soprattutto dalla destra clericale, in particolare dal partito romano della Curia vaticana (3), e che si manifestò nella seconda parte della legislatura sul terreno delle intese elettorali, prima con la cosidetta "operazione Sturzo" e poi di nuovo, all'indomani delle elezioni amministrative del 1952 (4). Questa impronta va riscontrata in una serie di progetti di legge del governo, di carattere istituzionale, quali la legge sindacale, quella sullo sciopero e quella sulla stampa, la cosiddetta «polivalente» o legge Scelba, l'aggiornamento del codice penale, il referendum, il decentramento amministrativo, piuttosto che l'istituzione delle Regioni, la legge sulla Presidenza del Consiglio. Nel dibattito politico non mancarono neppure, su alcuni punti, accenni al problema di una revisione costituzionale (5). All'infuori della legge Scelba, nessuno di questi progetti di legge sarebbe passato, ma essi delineano

---

(2) G. Amendola, *Il PCI all'opposizione. La lotta contro lo scelbismo*, in A.A.V.V., *Problemi di storia del partito comunista italiano*, Roma 1964, p. 118.

(3) A. Riccardi, *Il partito romano nel secondo dopoguerra (1945-1949)*, Morcelliana, Brescia, 1983, pp. 143 ss.

(4) Vedi ad esempio A. Messineo, *Il bilancio delle ultime amministrative*, in *Civiltà cattolica*, 21 giugno 1952, pp. 562-573.

(5) P. Calamandrei, *Incoscienza costituzionale*,in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, Firenze, La Nuova Italia, I, pp. 517-530.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quel programma di «Stato forte» e di «democrazia protetta», con cui De Gasperi si proponeva di imbrigliare il sistema politico e non solo nel suo complesso, ma in modo precipuo nel rapporto nevralgico, interno al sistema politico, tra maggioranza e opposizione.

C'è un'evidente discrasia tra gli indirizzi di politica estera e di politica economico-sociale del centrismo degasperiano e quelli di politica istituzionale. Questi secondi seguono un indirizzo decisamente conservatore, che costituisce un'evidente debolezza della politica di De Gasperi (6). Merita in proposito citare un brano della lettera inviata da Angelo Costa allo stesso De Gasperi, dopo l'intervista da questi rilasciata al *Messaggero* (2 luglio 1952), proprio sul tema dello «Stato forte»: «la forza nel legiferare, lo Stato deve talvolta dimostrarla nel non fare: le *leggi speciali*, sia contro i comunisti che contro i missini, possono essere una necessità, ma bisogna tener presente che è meglio peccare in meno che in più, perché altrimenti si risolvono in atti di debolezza. Se lo Stato è forte nel fare leggi, e così fa leggi giuste, facile gli sarà anche essere forte nell'applicarle» (7). In questo e in altri passi la lettera di Costa mette efficacemente in luce, proprio da un punto di vista conservatore, i limiti della politica istituzionale di De Gasperi, il suo evidente profilo debole, nell'impostazione tattico-politica del suo disegno.

Una delle ragioni, sotto l'aspetto politico, di questa debolezza può essere sinteticamente indicata citando un brano di un'altra notissima lettera, di De Gasperi a Mario Scelba (9 giugno 1952), che precede di poco la sua intervista al *Messaggero* e la citata lettera di Costa: «Caro Mario, ho da aggiungere oggi qualcosa di più preoccupante. In Vaticano si insiste nella manovra tattica avviata durante le amministrative. Si è irritati per la legge MSI e l'atteggiamento di taluno dei nostri; temo il peggio, cioè che si mediti un'iniziativa per un nuovo partito. Sventuratamente i sogni premonitori sono manifesti e sinceri. Ogni nostra vera o presunta insufficienza sarà pretesto. La verità è che tutti i nostri argomenti in favore del regime democratico non riescono a persuadere, perché si crede che la

(6) A. Riccardi, *La proposta dello "Stato forte", l'opposizione della destra cattolica e del moderatismo ecclesiastico al centrismo*, in *De Gasperi e l'età del centrismo, Quaderni di storia,* Cinque lune, 1984, pp. 469 ss.

(7) In *De Gasperi scrive*, a cura di M.R. De Gasperi, Morcelliana 1974, II, p. 254.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

democrazia sia troppo debole per resistere all'estrema. Se non riusciamo ad imprimere una direttiva più concretamente epurativa e resistente contro il comunismo ogni azione contro il fascismo verrà considerata un errore e un pericolo» (8).

È in questo contesto che nasce il proposito di modificare la legge elettorale del 1947 per la Camera dei deputati. Passare dal sistema proporzionale a quello maggioritario era in quel frangente un'arma di dissuasione sicura contro la formazione di un blocco clerico-conservatore e un evidente riflesso difensivo del blocco centrista. Introduceva tuttavia una contraddizione in termini, perché il referente naturale di un sistema centrista è costituito proprio dalla proporzionale, la quale sola può consentire quel processo di polarizzazione verso il centro, oltre che dei partiti della coalizione di governo, anche di quelli che ne rimangono esclusi all'opposizione, che è il naturale processo dinamico proprio appunto di un sistema di «democrazia consensuale», come sta a dimostrare la vicenda pluridecennale del nostro sistema politico, almeno fino ad oggi, o se si vuole fino alla esplicazione di tutti i suoi elementi di mobilità e flessibilità interna, oltre i quali vengono poi a nudo tutti i suoi caratteri di democrazia bloccata, e si sviluppa, auspice la stessa premessa proporzionalista, un processo centrifugo di segno contrario (9).

Del resto, di una vocazione centrista e di una sua stretta connessione con il proporzionalismo, dà testimonianza tutta la storia del movimento cattolico, e De Gasperi stesso fu uno dei più coerenti interpreti di questo binomio, negli ultimi anni di vita del Partito popolare, quando, per dirla con Gobetti, vi portò il suo «singolare equilibrio di misuratore» (10), difendendo tra l'altro nel 1924 il principio della proporzionale nella Commissione parlamentare che mise a punto il progetto legge Acerbo e poi negli anni della Costituente, fino al varo delle leggi elettorali del '47 per la Camera dei Deputati e per il Senato, la quale ultima ebbe sostanziale correttivo proporzionalista, per la tenace insistenza della Democra-

(8) *Ibidem*, I, p. 209.

(9) Si vedano le osservazioni di G. Sabbatucci, in *La soluzione trasformista, Appunti del sistema politico italiano*, in *Il Mulino*, XXXIX (1990), n° 328, pp. 171 ss.

(10) P. Gobetti, *Scritti politici*, a cura di P. Spriano, Torino, 1960, p. 861.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zia Cristiana, contro l'iniziale orientamento degli stessi comunisti, inclini invece al progetto uninominalista dei liberali (11).

Tutti gli argomenti a difesa della legge maggioritaria che furono addotti, da De Gasperi e dai democristiani prima, dai partiti laici poi, via via che essa si veniva precisando nella sua versione ultima, tendono in realtà a una giustificazione plausibile proprio di quella che abbiamo sottolineato essere la sua contraddizione in termini, l'intento cioè di rafforzare il sistema centrista con un meccanismo elettorale che per sua natura ne era la negazione.

Da questo punto di vista l'accusa che comunisti e socialisti rivolsero alla legge, di non essere funzionale all'equilibrio politico che era in atto nel Paese, ma alla sua trasformazione in vero e proprio regime politico, una sorta di pericoloso congelamento del sistema nell'allora suo presente *statu quo*, era argomento di polemica politica logicamente incontrovertibile, come pure plausibile era l'osservazione che attraverso il premio di maggioranza si potesse voler conseguire quegli obiettivi di riforma istituzionale in senso conservatore, che non si erano potuti raggiungere durante quella prima legislatura. Va notato anche che da parte dei partiti di sinistra nei mesi che precedono la formulazione della legge maggioritaria, vi fu una naturale preoccupazione nei riguardi delle pressioni che la Dc di De Gasperi subiva da parte della destra cattolica, specie dopo la nomina di Gedda a Presidente dell'Azione Cattolica. Nenni aveva personalmente assicurato anzitempo De Gasperi dell'intenzione dei socialisti di presentarsi con liste autonome dai comunisti (12). Lo stesso Togliatti, come risulta tra l'altro dai Diarii di Nenni, spingeva quest'ultimo ad accentuare, in quella fase, le sue assicurazioni autonomistiche, preoccupato della rottura degli equilibri interni al partito cattolico (13). Ma quello che non poteva essere evidentemente accettato, né da parte dei socialisti, né dei comunisti, era che quel pericolo interno alla DC si risolvesse in una

(11) E. Bettinelli, *All'origine della democrazia dei partiti*, Milano, Ed. Comunità, 1982, pp. 367 ss.

(12) P. Nenni, *Diarii, 1943-1956*, I, Sugar, Milano, 1981, pp. 519 ss.

(13) P. Nenni, *Diarii*, I, p. 525, si veda anche la nota *Politica interna*, in *Rinascita*, IX (1952), n° 3, pp. 190-193.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alterazione dei rapporti di forza parlamentari tra maggioranza e opposizione (14).

De Gasperi, invece, poiché non poteva rendere esplicito il vero motivo politico strumentale della riforma elettorale, cioè quello di difendere il blocco di centro da una spaccatura a destra della DC, prese a copertura di ciò la motivazione della difesa del centro dalle estreme, in particolare dal Partito Comunista.

Questa implicita duplicità di motivazioni segna d'altra parte lo stesso processo attraverso cui venne via via precisandosi il progetto di legge elettorale del '53 anch'esso non privo di contraddizioni. Non si imboccò infatti subito la strada del premio di maggioranza. Quest'ultimo approdo aveva concettualmente il suo precedente nelle modifiche apportate alla legge elettorale amministrativa per le elezioni comunali e provinciali del 1951 e 1952, ove era stato previsto l'apparentamento e il premio di maggioranza, sebbene con criteri e quozienti diversi da quella che saranno propri della legge del '53 e con accordi tra partiti, nelle varie realtà locali, soprattutto nel Mezzogiorno, di segno diverso (15). Ma la discussione del giugno '53, all'interno della DC, partì da una rosa più ampia di possibilità, e di ciò abbiamo testimonianze diverse. Lo stesso Consiglio Nazionale della DC (21-24 giugno 1952), che discusse la relazione Gonella sui risultati elettorali delle amministrative di maggio, a proposito della nuova legge elettorale politica, propose un ventaglio di ipotesi, il cui approfondimento demandò a una Commissione tecnica che concluse rapidamente i suoi lavori. Sulla base di essi la direzione centrale della DC, il 10 luglio, stese «un memoriale da presentare al Presidente De Gasperi», il quale sintetizzava «le valutazioni del partito sui sistemi proporzionale, uninominale e maggioritario» (16).

Il memoriale non lo conosciamo, tuttavia sulla base delle notizie

---

(14) Vedi *Il documento del C.C. del PCI*, in *Rinascita*, IX (1952), n° 6, pp. 325-327, e per i socialisti L. Basso, *Il colpo di Stato di De Gasperi*, *ibidem*, IX (1952), n° 9, pp. 467-469.

(15) F. Compagna-V. De Caprariis, *Geografia delle elezioni italiane dal 1946 al 1953*, Il Mulino, 1954, pp. 7 ss.

(16) *Atti e documenti della DC 1943-1967*, a cura di A. Damilano, Roma 1968, ed. Cinque Lune, p. 566.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disponibili è possibile ricostruire le ragioni e gli sviluppi di questa originaria impostazione.

Innanzitutto l'uninominale. Questo tema riaffiora qua e là nei discorsi e negli scritti di De Gasperi durante gli ultimi suoi anni (17). Gli accenni più pregnanti sono nella sua lettera a Sturzo del 24 agosto 1952 e nel suo ultimo discorso del 27 giugno 1954 in apertura del V Congresso Nazionale della DC. Essi fanno tuttavia riferimento a scenari politici diversi. Nel primo caso egli replicava a Sturzo, che con un articolo su *La Stampa* del 21 agosto 1952, dal titolo polemico *Tutti proporzionalisti nel 1952*, si era dichiarato per l'uninominale a due turni (18). Nella sua lettera De Gasperi obiettava a Sturzo: «Se tu insistessi in questa impostazione della polemica, per arrivare all'uninominale, in quanto alla finalità non avrei da obiettare; ma se tale è il suo scopo tattico, tu non puoi procedere in modo da sbarrare preventivamente ogni altra via, presentandola come illecita dal punto di vista morale e costituzionale; perché essendo chiaro che l'uninominale incontrerà delle difficoltà, qualora questa non potessero venir superate, non rimarrebbe altra alternativa che il sistema attuale: quindi tu lavori per l'opposizione.

Le difficoltà contro l'uninominale provengono specialmente, come sai, dai socialisti democratici, perché l'uninominale li sopprime; e piuttosto che la morte preferiscono il ritorno a Nenni. Lo so, si può essere di diverso parere circa le possibilità di sviluppo dei socialdemocratici, ma quello ch'è errore certo è di spingerli verso i socialcomunisti » (19).

Al di là della polemica tra De Gasperi e Sturzo, se ne evince che, sia l'uninominale, sia la proporzionale vanno innanzi tutto considerate come opzioni tattico-politiche. Del resto padre Brucculeri, con un articolo sul *Popolo* (14 agosto), intitolato *L'etica elettorale*, commentava queste alternative con l'ineffabile osservazione che «questi sistemi non sono infatti che mezzi tecnici per i quali, poste date condizioni, si ottengono determinati effetti. Non «per sé» (si direbbe

(17) G. Baget-Bozzo, *Il partito cristiano al potere*, II, Vallecchi, Firenze, 1974, p. 402.

(18) P. Scoppola, *Per una storia del centrismo,* in *De Gasperi e l'età del centrismo,* pp. 44-45.

(19) *De Gasperi scrive*, II, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nel gergo degli scolastici), ma solo «per accidens» potrebbero prestarsi a violare la giustizia».

Legata all'idea dell'uninominale era una prospettiva politica diversa da quella del blocco centrista, piuttosto quella di un blocco di centro destra, che facesse perno sulla DC e ricuperasse, all'interno di esso, fette del notabilato e dell'elettorato monarchico, allora in pericolosa libera uscita, soprattutto nel Mezzogiorno. La proporzionale, con premio di maggioranza per i partiti apparentati, era invece funzionale a un blocco centrista che salvaguardasse, *in nuce*, sia le possibilità di un centro-destra, sia di un centro-sinistra. Questa era evidentemente fin dalle origini la soluzione preferita da De Gasperi. Ma la prima, quella uninominalista, era necessaria all'avvio del discorso, per parare le obiezioni da destra, come nella sostanza era quella di Sturzo ([20]), e la variabile socialdemocratica era appunto l'argomento per accantonarla, senza che De Gasperi e la DC se ne assumessero in prima persona la responsabilità.

È interessante notare in proposito come Gronchi, che in quello scorcio di legislatura giocava di rimessa, adottasse lo stesso schema tattico di De Gasperi, pronunziandosi tardivamente, in un articolo da lui ispirato sul numero di settembre di *Politica Sociale*, a favore della proposta uninominalista di Sturzo e dichiarandosi nel contempo disposto ad accettare la proporzionale con premio di maggioranza, a condizione che il *quorum* fosse fissato al 51%, il premio avvenisse a livello circoscrizionale, che era la soluzione tecnicamente più favorevole ai partiti minori, nonché il modo per rendere più garantita l'ipotesi di un centrismo ambivalente, verso destra e verso sinistra.

Fa parte anche di questo schema tattico il discorso col quale Gonella inaugurò, agli inizi di agosto, i corsi estivi della scuola di partito ricordando, e non fu questa l'unica occasione, come sulla base dei risultati delle ultime amministrative, con il collegio uninominale, la DC avrebbe preso 400 seggi, il che gli dava occasione di concludere, accennando alle polemiche contro la DC che Romita svolgeva dall'interno del PSDI, che «si possono recuperare forze a

---

([20]) Si veda l'articolata argomentazione implicitamente a favore dell'uninominale di A. Messineo, *Tra sistema proporzionale e sistema maggioritario*, in *Civiltà Cattolica*, 2 agosto 1952, pp. 239-250.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sinistra, soltanto se queste forze si convincono che in tutto lo schieramento di centro vi sono, come vi sono, degli autentici partiti democratici» (21). L'alternativa uninominalista è qui usata come strumento di pressione sui partiti di centro e in particolare sul PSDI.

Del resto tra De Gasperi e Saragat vi fu un vero giuoco delle parti, in cui quest'ultimo volle aggiungere qualcosa di suo ai propositi del leader democristiano. I socialdemocratici optarono del resto subito per il premio di maggioranza, contro l'ipotesi dell'uninominale, come testimonia una dichiarazione di Simoncini, per conto della direzione del suo partito, già dell'11 giugno (22). Sul modo di concepire il premio di maggioranza i propositi di Saragat sono chiaramente espressi in una lettera a De Gasperi del 31 ottobre che costituisce il punto conclusivo di un lungo travaglio interno al PSDI, tra le posizioni della sinistra di Codignola, contrarie a qualsivoglia accordo con la DC; quelle di Romita e Matteotti, che volevano condizionare rigidamente tale intesa, e quelle dello stesso Saragat, volte invece a trarre occasione dal premio di maggioranza per rafforzare la posizione parlamentare del PSDI rispetto a quella del PSI (23), anche in vista di una possibile riapertura del processo di unificazione socialista.

Questi contrasti si risolsero con la vittoria di Saragat nel congresso del PSDI dell'ottobre 1952 (24). I punti salienti della lettera, di questi a De Gasperi, che riassumono le questioni più controverse dell'affannosa trattativa tra DC e PSDI, sono i seguenti: «1) favorire il crearsi di una situazione che permetta al maggiore dei Partiti democratici di non essere vincolato alla partecipazione governativa di tutti e quattro i partiti democratici; 2) evitare che si precostituisca una situazione che quasi automaticamente escluderebbe il PSDI da qualsiasi maggioranza, ciò che avverrebbe quando, per effetto di un troppo alto premio, la maggioranza assoluta fosse

(21) In *Il Popolo*, 3 agosto 1952.

(22) In *La Giustizia*, 11-12 giugno 1952.

(23) G. ANDREOTTI, *Intervista su De Gasperi*, a cura di A. GAMBINO, Laterza, 1977, p. 119.

(24) G. AVERARDI, *I socialisti democratici. Da Palazzo Barberini alla scissione del 4 luglio 1969*, Opere Nuove, Roma 1986, pp. 163 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguita dalla sola DC o dalla DC in unione col minore dei quattro partiti» (25).

Il secondo punto esprime una preoccupazione che era anche quella dei liberali, da cui venne, assieme al PSDI (26), la proposta di un premio pari a 3/5 dei seggi (359 deputati contro 238), mentre Gonella patrocinava i 2/3 (398 contro 199), contrasto che portò al compromesso del 65 per cento (384 seggi contro 16), che tenne anche conto della preoccupazione espressa da Einaudi (27) che il premio fosse inferiore al quoziente dei 3/5 previsto dal procedimento di revisione costituzionale (28).

Ma il primo dei punti della lettera di Saragat esprime una preoccupazione che era tutta sua, quella di aprirsi la prospettiva di un centro-sinistra di cui lui fosse il maggiore mallevadore, così da attrarre nella sua orbita il PSI. Prospettiva che probabilmente, come si è detto, era anche quella di De Gasperi, nel quale emergeva spesso, tra le righe, proprio l'idea che la mancanza di alternanza fosse un limite oggettivo della democrazia italiana e che tale situazione potesse superarsi per due vie, da un lato con l'accelerazione del processo di unificazione europea, che avrebbe portato ad una maggiore omogeneizzazione del ruolo della Democrazia Cristiana con quello dei partiti cristiano-democratici europei, donde, anche con questa motivazione, come sottolinea Baget Bozzo (29), la sua insistenza negli ultimi anni, sull'importanza della ratifica della CED, dall'altro il progressivo dispiegarsi di un'egemonia del socialismo democratico sulla sinistra italiana, che passava attraverso un suo integrale rafforzamento all'interno del blocco centrista.

Paradossalmente, questo insieme ultimo di considerazioni sta alla base delle argomentazioni del suo ultimo accenno favorevole all'uninominale, nel quadro di un'analisi più ampia che comprendeva il tema, anch'esso sempre presente in De Gasperi, della stabilità dei governi e di un sistema parlamentare che la garantisse, in

(25) *De Gasperi scrive*, II, p. 239.

(26) In *La Giustizia*, 12 ottobre 1953.

(27) L. Einaudi, *Lo scrittoio del Presidente*, Einaudi 1956, p. 77.

(28) *Prima conclusione*, in *Il Mondo*, 1 novembre 1952.

(29) G. Baget Bozzo, *Il partito cristiano e l'apertura a sinistra*, Vallecchi, Firenze, 1977, p. 10.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

opposizione all'esperienza storica di Weimar, nel ricordato discorso di apertura del V Congresso della DC nel giugno 1954 (30).

Ma il ruolo che De Gasperi intese svolgere nei mesi di gestazione della legge maggioritaria del 1953, tra il giugno e l'ottobre del 1953, fu di carattere arbitrale, all'interno del mondo cattolico e tra la DC e i partiti laici. Incardinata la trattativa sul premio di maggioranza l'interlocutore principale, come si è detto, diveniva necessariamente il PSDI, anche se non dovevano mancare all'appuntamento, né i liberali, né i repubblicani, perché il cerchio si chiudesse definitivamente sulla sua ipotesi di centrismo aperto e ambivalente. Il nodo della trattativa si svolse alla fine di agosto. Nella residenza estiva di De Gasperi in Valsugana i leaders dei partiti minori si alternarono ad esporre le loro preoccupazioni.

Il 31 agosto De Gasperi uscì dal suo riserbo, col discorso tenuto a Pedrazzo, in cui si dichiarava ufficialmente la sua opzione per il premio di maggioranza. Restavano ancora tuttavia aperte alcune rilevanti questioni politiche e tecniche. De Gasperi lasciava aperta la possibilità di apparentare oltre alla Volkspartei, altre liste locali e minori. Il caso più inquietante era quello dei monarchici di Covelli, che si erano in quei mesi ribattezzati come Partito Democratico Italiano (31) e a cui De Gasperi nel discorso di Pedrazzo si era indirettamente rivolto e contro cui i partiti laici opposero l'idea di un apparentamento strettamente limitato all'alleanza del quadripartito.

C'era poi un'altra difficoltà, quella di stringere un accordo quadripartito col supporto di un governo che al momento era soltanto un bicolore DC-PRI. Ciò non era proprio del tutto in sintonia col sistema britannico e richiedeva una dichiarazione di intenti, di carattere peculiare, la cui formulazione era difficile, soprattutto sul versante socialdemocratico, giacché era stato Saragat, agli inizi del 1952, tra l'altro, ad uscire dalla coalizione, per consolidare la sua leadership all'interno del suo stesso partito.

Questa difficoltà è testimoniata del resto dalla dichiarazione

---

(30) A. De Gasperi, *Discorsi politici*, a cura di F. Bozza, ed. Cinque Lune, 1969, I, pp. 600 ss.

(31) Vedi *L'ultimo doppione*, in *Il Mondo*, 4 ottobre 1952, ma anche, da un altro punto di vista, la *Cronaca contemporanea, Italia*, n° 6, in *Civiltà cattolica*, 18 ottobre 1952, pp. 215 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della DC, del PSDI, del PLI e del PRI sulla riforma della legge elettorale del 15 novembre ([32]) che risolse formalmente tale problema, senza essere nella sostanza, né una presa di posizione programmatica, né una vera dichiarazione di intenti, salvo quello di varare la nuova legge elettorale e di cercare di conseguire il premio di maggioranza.

Era in realtà un'implicita *reductio* del centrismo degasperiano ad un mero accordo di potere. Gli aspetti tecnici controversi erano poi già stati risolti un mese prima, con l'accordo dei quattro partiti sul progetto di legge, varato dal Consiglio dei Ministri il 18 ottobre. Giova brevemente ricordare quali furono i punti controversi e come vennero risolti. Riguardarono tre aspetti: il *quorum*, che da taluno di parte liberale e socialdemocratica fu proposto anche al 45% ([33]); l'entità del premio di maggioranza, in cui, lo si è già sottolineato, prevalse quasi per intero l'orientamento democristiano del premio massimo possibile, soluzione che non sembra doversi addebitare a Saragat, come suggerisce Andreotti nella sua *Intervista su De Gasperi* ([34]), e che, fissato al 65%, nell'ipotesi di un 40% dei voti alla DC, percentuale che in effetti raccolse il 7 giugno, avrebbe dato ad essa la maggioranza assoluta alla Camera dei Deputati. Fu infine discussa la modalità di distribuzione del premio, rispetto a cui la DC tenne fermo il criterio proporzionale, poi recepito dalla legge, con un sistema assai macchinoso, quanto alla attribuzione dei seggi in sede circoscrizionale ([35]).

La difficoltà dell'accordo tra i partiti di centro, fece anche sì che il progetto di legge non fosse passibile, per la maggioranza, di nessuna sostanziale modifica, il che ebbe il suo peso nel dibattito parlamentare, specie al Senato, e fu certamente determinante ad esempio nell'episodio delle dimissioni di Paratore, da presidente di quella assemblea ([36]).

La legge, nata dalla ambigua congiunzione delle incertezze e

([32]) *Atti e documenti della DC*, I, pp. 579 ss.

([33]) Vedi ad esempio S. Ciccotti, *Salvatori della democrazia*, in *La Giustizia*, 26 settembre 1952.

([34]) G. Andreotti, *Intervista su De Gasperi*, pp. 118 ss.

([35]) C. Ghini, *Il voto degli italiani*, Roma 1975, p. 126.

([36]) G. Andreotti, *Intervista su De Gasperi*, p. 121.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paure di De Gasperi e delle ambizioni di Saragat, decretò di fatto la fine, per lo meno quella politico-ideale, del centrismo degasperiano, fece perdere ai partiti laici frange significative del loro tessuto politico culturale (37) e costituì un fattore di ulteriore legittimazione democratica del partito comunista. Aprì poi, nella legislatura seguente, una fase transitoria dell'equilibrio politico del Paese, che si trascinò, con alterne e travagliate vicende, tra governi di centro, di centro-sinistra e di centro-destra, fino all'approdo del centro-sinistra organico. Non scattando la legge, venne meno il disegno di pilotare dal centro, in modo più ordinato, sia l'apertura a destra, sia quella a sinistra. Che questo sarebbe potuto succedere, qualora si fosse invece verificato il *quorum* e fosse scattato il premio di maggioranza, è assai dubitabile. L'evoluzione dell'equilibrio tra le forze politiche ne sarebbe risultata distorta, ma non avrebbe potuto cancellare la pressione d'ordine sociale da cui la spinta a sinistra traeva la sua legittimità.

Quello che può certamente dirsi è che la legge elettorale del '53 fu un prematuro espediente istituzionale che si pose in contrasto con l'inevitabile evoluzione degli equilibri politici e sociali (38). E ciò non sembra neppure coerente con quelli che erano i fondamenti, costantemente ribaditi, dello stesso disegno degasperiano. Lo scacco subito da quell'improprio tentativo di riforma istituzionale lasciò probabilmente una traccia ulteriore. Nei tre decenni seguenti il sistema politico-istituzionale seguì un'evoluzione che fece perno esclusivamente sul mutamento dei rapporti di forza tra i partiti politici, sulla base di uno schema centripeto sostanzialmente condiviso, seppure con diverse interpretazioni, da tutte le forze politiche di maggioranza e di opposizione. La caduta della legge elettorale del '53 distolse così l'attenzione dai problemi di riforma istituzionale, alcuni dei quali oggettivamente erano venuti già al pettine, dai regolamenti parlamentari, all'eccesso di garantismo del sistema bicamerale, all'instabilità dei governi ed erano stati oggetto di riflessioni anche a sinistra, basta pensare alle pregnanti osservazioni contenute nello scritto di Palmiro Togliatti del 1953 sull'epoca

(37) F. ORLANDO, *Ma non fu una legge truffa*, Cinque Lune, 1989, pp. 197 ss.

(38) P. SCOPPOLA, *Per la riforma elettorale, una prospettiva storico-politica*, in *Il Mulino*, XXXIII (1984), n° 295, p. 793.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giolittiana, e sulle sue analogie e discrasie coll'epoca presente ([39]). Problemi tutti mal posti attraverso quella legge. Ma con essi venne, più in generale, certamente accantonato il problema della riforma istituzionale (basta pensare alle assai superficiali considerazioni polemiche che pressoché tutto il ceto politico italiano, dopo il 1958, andò svolgendo sul mutamento istituzionale della Francia gollista), e venne interamente sostituito dalle questioni sull'attuazione costituzionale, tema quest'ultimo che di per sé si è poi rivelato storicamente inadeguato a sciogliere i nodi sempre più evidenti della democrazia bloccata.

([39]) P. TOGLIATTI, *Disorso su Giolitti, Momenti della storia d'Italia,* a cura di A. CARACCIOLO, Feltrinelli, 1971, pp. 87 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

IDEOLOGIA E TECNICA IN UNA DEFINIZIONE GIURIDICA

(La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)

1. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *a*) la situazione reale del feudatario come dominio utile. — 2. La definizione obertina di feudo nella interpretazione del diritto comune: *b*) sulla inadeguatezza tecnica dell'usufrutto a cogliere la situazione reale del feudatario. — 3. La riflessione sulla situazione reale del feudatario nel dibattito cinquecentesco: il discorso inaugurale di Charles Dumoulin. — 4. Il feudo come *quasi-dominium*: Le Douaren e Baron. — 5. Il feudo come usufrutto: le venature ideologiche della costruzione di Cujas. — 6. Dopo Cujas: dominio utile, quasi-dominio, usufrutto.

1. Nella seconda delle due lettere, che Oberto dell'Orto scrive al figlio Anselmo per erudirlo sulla difficile e a Bologna spregiata materia feudale e che costituiscono il cuore dei cosiddetti 'Libri feudorum', sta una famosa definizione di feudo:

> "est beneficium illud, quod ex benevolentia alicuius ita datur, ut proprietate quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remanente ususfructus illius rei ita ad accipientem transeat, ut ad eum heredesque suos masculos sive feminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat, ob hoc, ut ille et sui heredes fideliter domino serviant, sive servitium illud nominatim, quale esse debeat, sit expressum sive indeterminate sit promissum" (1).

(1) Il testo qui riportato è quello della *vulgata*; rispetto alla *lectio antiqua* le diversità sono di pura forma e non toccano la sostanza tecnica della definizione. Cfr. K. LEHMANN, *Das Langobardische Lehnrecht* (*Handschriften, Textenentwicklung, ältester Text und Vulgattext nebst den capitula extraordinaria*), Göttingen, Dieterich, 1896, p. 143 (rist. anast. in *Consuetudines feudorum*, ed. K. LEHMANN, editio altera cur. K. A. Eckhardt, Aalen, Scientia, 1971). È evidente che, nella accezione di Oberto, *feudum* e *beneficium* sono sinonimi (come appare chiaramente anche dal testo della prima epistola

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oberto, un personaggio di spicco della vita pubblica milanese a mezzo del secolo dodicesimo (2), è un pratico del diritto, più avvezzo alle valutazioni grezzamente sostanziali imperanti nelle curie feudali che non ai sottili ricami teorici emergenti fra i più culti dei Glossatori. Con la sua definizione egli voleva individuare gli elementi essenziali del rapporto feudale nella sua singolare mescolanza di aspetti squisitamente personali e patrimoniali; per quest'ultimo piano, la situazione sul bene immobile veniva a scindersi, restando nel signore-concedente la proprietà formale e trasferendosi nel vassallo-concessionario l'intiero *uti-frui* (fatti salvi alcuni ben precisati diritti signorili). Tenuto conto che si tratta di un godimento temporalmente illimitato, è verisimile che con *usus-fructus* Oberto volesse semplicemente significare che l'*uti* e il *frui*, cioè l'uso e il godimento del bene, passavano al vassallo e ai suoi eredi, e non che a questi spettasse il romanistico *ius ususfructus*, cioè la servitù personale di usufrutto, che una tradizione mai smentita limitava temporalmente alla vita del concessionario.

Se nelle *Summae* di Jacopo d'Ardizzone (3) e di Jacopo Colombi (4), e nella *Epitome* di Jean Blanc (5) la definizione obertina è ricevuta senza chiose interpretative, già un personaggio come l'Ostiense, non tenero — nel solco del suo maestro Sinibaldo — verso

---

obertina al figlio Anselmo: LEHMANN, *Das Langobardische Lehnrecht*, cit., p. 115), e come tali li interpreterà tutta la letteratura posteriore.

(2) Oberto dell'Orto è, fra l'altro, uno dei consoli milanesi presenti alla prima dieta di Roncaglia.

(3) "proprietate ... penes dantem remanente, ususfructus eius rei ... transeat ..." (*Summa feudorum*, IACOPO DE ARDIZZONE auctore, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, Venetiis, 1584, T. X, Pars I, fol. 226 recto).

(4) HUGOLINI [in realtà Jacopo COLOMBI] *Summa super usibus feudorum*, cur. J. B. Palmerio, in B.I.M.AE., vol. II, Bononiae, Virano, 1892, I: "est feudum id beneficium quod a benevolentia alicuius ita traditur alicui ut, proprietate eius rei quidem immobilis beneficiarie penes tradentem remanente, ususfructus eius rei ita ad accipientem transeat, ut ...". Lo stesso si può dire per Odofredo (cfr. *Summa* ODOFREDI ... *in usus feudorum* ..., Compluti, 1584, cap. I - Quid sit feudum).

(5) *Epitome feudorum*, IOANNE BLANCHO ... authore (in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 263 recto): "proprietate ... penes dantem remanente, ususfructus eius rei ita ad accipientem transeat ...". L'Epitome blanchiana, assai meno nota delle altre due precedentemente citate, dovrebbe risalire alla metà del Dugento (cfr. E. A. LASPEYRES, *Über die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri Feudorum*, Aalen, Scientia, 1969 (rist. anast. Ausg. Berlin, 1830), pp. 81-82).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la nuova categoria interpretativa del dominio utile, non esiterà — dopo ampia discussione — a qualificare come *dominium utile* la situazione del feudatario (6), e, fra Dugento e Trecento, il *monarcha feudistarum* Andrea da Isernia ci dirà che una tal dottrina è già diventata opinione comune: "hoc tenent omnes communiter" (7); conclusione che, alla fine del secolo aureo del commento, è fatta propria da Baldo (8) e che, ai margini estremi della riflessione del diritto comune classico, alla fine del Quattrocento, sempre facendo riferimento al testo obertino, ci ripete un giurista che pur comincia a percepire il nuovo dei tempi, Giason del Maino (9).

Che la situazione del vassallo non sia usufrutto ma dominio utile è verità ripetuta da tutti i classici della letteratura feudistica, dallo Pseudo-Belleperche (10) a Martino Sillimani (11) a Jacopo Belvi-

---

(6) Henrici de Segusio Cardinalis HOSTIENSIS *Summa aurea*, Venetiis, 1574, lib. III, de feudis, n. 1 (dove si riporta la definizione obertina) e n. II (dove si discute "quod ius acquiratur vasallo facta investitura" e dove, dopo una serie di argomentazioni che sembravano direttamente condurre a una soluzione negativa, si conclude che "quicquid tamen superius sit allegatum, satis videtur dici posse quod habeat utile dominium"). Reticente sul problema della natura giuridica della situazione del vassallo è invece la definizione di feudo contenuta nella *Lectura* (cfr. Henrici de Segusio Cardinalis HOSTIENSIS ..., *In tertium Decretalium librum commentaria* ... Torino, Bottega d'Erasmo, 1965 (rist. anast. ed. Venetiis, 1581), De feudis, Rubrica, n. 5).

(7) ANDREAE ISERNIENSIS *In usus feudorum commentaria* ..., Neapoli, 1571, de capitolis Corradi, v. Praeterea, Additio, n. 9.

(8) Che la situazione del vassallo incarni un usufrutto "[est] falsum et ab omnibus reprobatur" (BALDI perusini *In usus feudorum commentaria*, Lugduni, 1552, de capitolis Corradi, v. Praeterea, n. 2).

(9) *Praeludia in opus feudorum*, in calce a IASONIS MAYNI ... *In primam Codicis partem commentaria* ..., Venetiis, 1598, n. 7 ("feudum est benivola concessio libera et perpetua rei immobilis vel aequipollentis cum translatione utilis dominii proprietate retenta sub fidelitate et exhibitione servitiorum ... Dixi 'cum traslatione utilis dominii', quia in veritate dominium transit in vasallum seu feudatarium") e n. 18 ("feudum habet in aliquo similitudinem usufructui ... sed cave, quia in dicta diffinitione feudi ususfructus ponitur pro utili dominio, ut ibi dicunt Doctores").

(10) *Tractatus de feudis* PETRI DE BELLA PERTICA, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars II, fol. 2 recto, n. 1.

(11) *Tractatus super usibus feudorum* ... MARTINI DE SILIMANIS, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 3 recto (sui rapporti fra il testo di Martino e quello dello Pseudo-Belleperche, cfr. E. M. MEIJERS, *L'université d'Orléans au XIIIe siècle*, ora in *Etudes d'histoire du droit*, T. III, *Le droit romain au Moyen Age*, P. I, Leyde, Univ. Pers Leiden, 1959, pp. 104-106).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si (12) a Baldo (13) a Jean Raynaud (14) a Jacopo Alvarotti (15) a Jacopino da San Giorgio (16) a Claude de Seyssel (17) a Francesco Corti il giovane (18), sino a pervenire intatta nella pagina di un giurista come Zasius (19) che sta a cavalcioni tra passato e futuro nel suo fertilissimo osservatorio renano dei primi del Cinquecento (20); e ben spesso con precisazioni che sottolineano come, col termine *ususfructus*, Oberto avesse inteso segnalare un contenuto economico e non già una figura tecnico-giuridica.

Il più esplicito ci sembra Jacopo Belvisi, e mette conto di soppesare le sue parole: dopo aver riferito una prima insoddisfacente definizione di feudo (21), gli se ne contrappone una più complessa e articolata, che è la seguente:

> "Feudum est concessio rei facta cum traditione utilis dominii ad utendum et fruendum cum exhibitione alicuius honesti servitii. Utendum et fruendum: ideo dicit, quia feudatarius habet usum et usumfructum" (22).

---

(12) *Apparatus* ... IACOBI DE BELVISO ... *super consuetudinibus usus feudorum*, in *Commentarii in Authenticum et Consuetudines feudorum*, Bologna, Forni, 1971 (rist. anast. ed. Lugduni, 1511), fol. 80 verso.

(13) BALDI perusini *In usus feudorum commentaria*, cit., Prooemium, n. 23 e anche de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2 ("Glossa disputatur utrum feudatarius habeat utile dominium et pro firma conclusione tenendum est quod sic").

(14) IOANNIS RAYNAUDI *Comprehensorium feudale*, Lugduni, 1561, in v. Imperialem, nn. 7 e 8.

(15) IACOBI ALVAROTTI ... *Lectura in usus* ..., Francofurti ad Moenum, 1570, Prooemium, n. 18.

(16) *Tractatus feudalis* IACOBINI DE S. GEORGIO, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars I, fol. 188 verso.

(17) CLAUDII SEYSSELLI ... *Speculum feudorum* ..., Basileae, 1566, p. 65 e 68-69.

(18) FRANCISCHINI CURTII junioris ... *Tractatus feudorum*, in *Tractatus illustrium iurisconsultorum*, cit., T. X, Pars II, quaestio sexta, cap. VII, nn. 1 e 2.

(19) UDALRICI ZASII ... *In usus feudorum epitome*, in U. Z. *Operum tomus tertius* ..., Lugduni, 1550, col. 268, n. 34.

(20) Sulla complessa e ambiforme personalità zasiana, vedi quanto avemmo occasione di annotare, proprio sul tema del dominio utile, in un precedente saggio. Cfr. P. GROSSI, *'Gradus in dominio' - Zasius e la teorica del dominio diviso*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985).

(21) "Feudum est concessio rei pro homagio facta" (IACOBI DE BELVISO *Apparatus*, fol. 80 verso).

(22) IACOPO BELVISI *Apparatus*, loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si noti come il giurista si premura di precisare che l'*uti* e il *frui*, l'*uti-frui*, sono il contenuto economico del dominio utile; il godimento del bene che, in certe situazioni e condizioni, può diventare esso stesso, per propria forza, *una* proprietà sul bene (23). La concessione feudale è nulla più che una concessione *ad utendum et fruendum*, la quale, per il verificarsi di quelle determinate condizioni, ha la vitalità di trasformarsi in *dominium utile*. E Jacopo ribadisce, per fugare l'idea fallace di un riferimento mentale alla servitù personale d'usufrutto che l'equivocità del termine potesse ingenerare: si parla di *ususfructus*, perché il feudatario ha l'interezza del godimento della cosa.

Che *ususfructus* sia qui una nozione giuridicamente innocua, quasi un sinonimo di *commodum*, il feudista lo dimostra poco più avanti, quando, domandandosi che cos'è il *beneficium* e replicando con la tralatizia risposta che esso consiste in una 'benivola actio tribuens gaudium capienti' (24), chiosa in siffatto modo la parola *gaudium*:

> "quod qui accipit feudum percipit usumfructum et commodum, quod est gaudium, quia gaudium est et solatium capere fructum" (25).

Insomma, *ususfructus* vale *gaudium et solatium*, consiste in un *capere fructus*. È soltanto il contenuto economico, come sopra si diceva, del dominio utile. Come afferma lo stesso Jacopo Belvisi e ripetono molti (26), la situazione del feudatario è 'dominium utile ad

---

(23) Su come emerge alla comune coscienza giuridica questa idea profonda del dominio utile e come essa diventi anche una architettura dottrinale, ci permettiamo rinviare il lettore ad alcune nostre recenti riflessioni: P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988).

(24) Tralatizia, perché è già nella lettera di Oberto dell'Orto, che l'aveva presa di sana pianta dal 'De beneficiis' di Seneca (lib. I, cap. 6).

(25) IACOPO BELVISI, *Apparatus*, cit., loc. ult. cit.

(26) [Pseudo] PIERRE DE BELLEPERCHE, *Tractatus de feudis*, cit., fol. 2 recte ("concessio rei facta alicui cum translatione utilis dominii ad habendum et fruendum cum exhibitione alicuius servitii honesti"), con formula che è trascritta da MARTINO SILLIMANI, *Tractatus super usibus feudorum*, cit., fol. 3 recto; JEAN RAYNAUD, *Comprehensorium feudale*, cit., v. Imperialem, n. 7 ("feudum est benivola libera et perpetua concessio rei immobilis vel solo cohaerentis, aut inter immobilia computatae, ad utendum fruendum cum translatione utilis dominii, proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitii").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utendum fruendum', è 'commoditas et ususfructus, immo utile dominium' (27), dove la costruzione tecnica che emerge a livello del diritto è il dominio utile — costruzione tecnica da cui discendono molteplici conseguenze tecnico-giuridiche — e dove il cosiddetto 'usufrutto' è soltanto il contenitore fattuale di quella figura, la sola che sia giuridicamente rilevante.

2. L'interpretazione della espressione obertina è, dunque, senza mezzi termini, che 'in dicta diffinitione feudi ususfructus ponitur pro utili dominio' (28) e che in essa 'ususfructus ... non videtur congruus terminus' (29), 'non ponitur proprie' (30). Claude de Seyssel, con la disinvoltura che nasce dai quasi tre secoli e mezzo che lo separano da Oberto, liquida il problema in un giudizio spregiativo: 'patet quod ista fuit rustica descriptio, non elegans diffinitio' (31); e coglie nel segno almeno con la sottolineatura del carattere non dogmatico della definizione, che intendeva essere lo strumento di comprensione e di semplificazione dell'assetto sostanziale d'una fattispecie complessa come il feudo confezionato da un pratico per un discente e ridotto a un risultato di scissione della *proprietas* dall'*uti-frui.* Se Giason del Maino tenta di attenuare le responsabilità tecniche di Oberto ammettendo che 'feudum habet in aliquo similitudinem usufructui' (32) e che trattasi pertanto di errore sì ma scusabile, i più insistono sulla *magna differentia* che intercorre tra la figura del vassallo e dell'usufruttuario (33).

Come abbiamo creduto di dimostrare in una ricerca recentis-

---

(27) ANDREA D'ISERNIA, *In usus feudorum commentaria*, cit., Ex quibus causis feudum amittatur, v. Huius autem generis, n. 6 ("proprietas rei immobilis ... remaneat apud dominum dantem, sed commoditas et ususfructus, immo utile dominium, sit vasalli et suorum haeredum").

(28) GIASON DEL MAINO, *Praeludia in opus feudorum*, cit., n. 18.

(29) CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., p. 37.

(30) FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6.

(31) CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., pp. 68-69.

(32) GIASON DEL MAINO, *op. ult. cit.*

(33) La frase è di FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6; "Multum differt istud ius feudi ab usufructu", dice CLAUDE DE SEYSSEL, *Speculum feudorum*, cit., p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sima (34), vassallo e usufruttuario appartengono a pianeti giuridici — più che diversi — opposti nei loro caratteri essenziali: il primo, come *dominus utilis*, a quello del *dominium*, che è sempre, anche nel caso del dominio utile, quello della appartenenza della *res*, anche se di una dimensione sola della cosa, l'*utilitas*; che è cioè in primo luogo autonomia di poteri reali sulla cosa (35), tanto che egli potrà legittimamente, nel libello propositivo di una lite avente ad oggetto la cosa, 'dicere rem ad se iure dominii pertinere' (36); il secondo, come titolare di un diritto reale limitato, a quello delle servitù — in particolare, delle servitù personali —, che è estraneo alla appartenenza della cosa e che rappresenta il mondo di creature giuridiche non-autonome bisognose della solidità di un *dominium* per compensare la propria *debilitas* (37).

E sarà proprio questa diversità — anzi, per dir meglio, questa opposizione logica — ad esser richiamata dai Dottori per segnalare la pericolosa equivocità del termine *ususfructus* collocato da Oberto nel bel mezzo della sua definizione. Con uno straordinario rigore tecnico e con una altrettanto straordinaria capacità percettiva, Zasius, uomo parimente partecipe di due mondi culturali, pare esprimere meglio di ogni altro, ai primi del Cinquecento, il significato della complessa elaborazione dei secoli precedenti:

> "Vasallus ex feudi concessione utile dominium consequitur ... nec obstat quod in diffinitione feudi dicitur 'ad utendum et fruendum' quasi vasallus usufructuarius sit, quia huiusmodi verba fruendi facultatem iure proprio, non iure servitutis personalis important ... Veritas tamen est vasallum feudo uti et frui tanquam utili dominio posse. Siquidem quando verba utendi et fruendi in principalis dispositionis consequentiam ponuntur, proprietatem significant. Consequenter praedictis inferas quod vasallus ratione utilis dominii rei vendicationem habet, ut a quocumque possessore vendicet" (38).

---

(34) P. Grossi, *'Dominia' e 'servitutes' - Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989).

(35) È quanto abbiamo cercato di dimostrare in parecchie ricerche precedenti, tutte riassunte ora in Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., cui si rimanda per una adeguata documentazione.

(36) Baldo, *In usus feudorum commentaria*, cit., de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2.

(37) Grossi, *'Dominia' e 'servitutes'*, cit., *passim*.

(38) Zasius, *In usus feudorum epitome*, cit., col. 268, nn. 34, 35, 36, 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'*uti-frui* può consistere l'oggetto di un rapporto di locazione e il contenuto della facoltà concessa dal locatore al conduttore; esso può formare l'oggetto di una costituzione d'usufrutto e il contenuto del potere dell'usufruttuario sul bene; ma, in una civiltà giuridica come quella medievale tutta protesa a valorizzare l'effettività dei dati economici, può significare qualcosa di più, di qualitativamente diverso e superiore: se si tratta di godimento immediato, autonomo, effettivo sulla cosa, questo fatto economico ha una validità così intensa da tramutarsi ed elevarsi in *dominium*. Così è per l'enfiteuta, così per il superficiario, così per il conduttore a lungo termine, così anche per il vassallo. La sua situazione è quella di una *facultas iure proprio*, non di uno *ius servitutis personalis*. Egli è — nel suo ordine — uno dei proprietarii della cosa al pari del signore, del concedente, l'uno *dominus utilis* e l'altro *dominus directus*. E gli spetterà, quale strumento di tutela processuale, la revindica.

I Dottori annoteranno puntigliosamente le numerose *differentiae*, che alla situazione giuridica del vassallo discendono dal suo essere *dominus* e non *usufructuarius*: gli spetta, come or ora si diceva, la *rei vindicatio* e non la semplice azione confessoria prevista per le servitù (e quindi per l'usufrutto) (39); fa suoi i frutti pendenti, mentre l'usufruttuario li acquista unicamente con la percezione (40); può costituire diritti reali limitati sul fondo, potere che è negato all'usufruttuario (41).

3. I Dottori del diritto comune classico — civilisti, canonisti, feudisti che fossero —, in una grande linea continua che va dall'Ostiense all'ancipite Zasius, si muovono, nella loro *interpretatio* della definizione obertina, su un piano di costruzione squisitamente tecnica. Hanno tra le mani, ovunque applicato nell'esperienza quoti-

(39) "[feudatarius] si non habet utile dominium, non haberet reivendicationem sed confessoriam, quae pro servitute ususfructus datur, quod falsum et ab omnibus reprobatur" (BALDO, *In usus feudorum commentaria*, cit., de capitulis Corradi, v. Praeterea, n. 2).

(40) "Magna enim est differentia inter vasallum et usufructuarium, quia vasallus habet utile dominium rei infeudatae et per consequens fructuum pendentium, usufructuarius vero perceptorum fructuum tantum habet dominium" (FRANCESCO CORTI IL GIOVANE, *Tractatus feudorum*, cit., q. VI, cap. VII, n. 6).

(41) GROSSI, *'Dominia' e 'servitutes'*, cit., *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diana, lo strumento di loro conio che è il dominio utile, un *uti-frui* che si fa *dominium*; constatano che la situazione reale del feudatario consiste essa pure in un godimento del bene con caratteri autenticamente dominativi; con deduzione quasi sillogistica, leggono in chiave giuridica come dominio utile il riferimento obertino all'usufrutto inteso quale mero riferimento economico. I Dottori verificano, in altre parole, la definizione nella prassi feudale loro circostante e ne danno una lettura che si situa sul piano della pura conoscenza giuridica.

Andando più oltre, in quel quadrivio complicato che è il Cinquecento, continua senza problemi una simile linea in quei filoni teorico-pratici che si pongono ripetitivi della impostazione tradizionale, ed ha uno scarso interesse esaminarli (42). Ha interesse invece dare uno sguardo a quel mondo di *homines novi*, di cui il nuovo secolo è folto e che costituiscono il tessuto fertile della scienza giuridica cinquecentesca; tessuto in cui il vecchio e il nuovo, con varia misura a seconda dei personaggi, si mescolano ma in cui anche il vecchio assume forme e sostanze rinnovate per il rinnovato occhio metodologico con cui i giuristi neoterici lo guardano. Un vero quadrivio affollato di idee, complesso, nel quale conviene senza esitazioni inoltrarsi; dando un primo posto affatto isolato alla voce di Charles Dumoulin.

Spetta a lui questo ruolo inaugurale forse anche perché la testimonianza, cui si fa riferimento, risale con certezza agli anni che vanno dal 1535 al 1539 (43); ma il punto non è di semplice cronologia. Dumoulin sta veramente tra vecchio e nuovo, tanto che ci si potrebbe — non a torto, anche se ingenuamente — affannare nel domandarsi se egli sia da considerare l'ultimo tra i vecchi o il primo tra i nuovi. A differenza del pur ancipite Zasius, che nel suo apparato agli *Usus* rivela una prevalenza di elementi tradizionali, Dumoulin segnala con vivezza

(42) Per un esempio, si veda il testo riassuntivo di un giurista di area germanica, il Rosenthal, che scrive alla fine del Cinquecento: *Tractatus et synopsis totius iuris feudalis* ..., auctore Henrico A. ROSENTALL, Colonia, 1610 (la prima redazione sembra essere del 1588).

(43) È il suo monumentale commento alla *coutume* di Parigi, avviato nel 1535 e compiuto — per quanto riguarda il primo titolo 'de fiefs' — nel 1539 (cfr. J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 31).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la propria appartenenza al nuovo emisfero culturale. La faccia tradizionalistica di questo straordinario uomo bifronte sta, come si è mostrato in altra ricerca, nella accettazione incondizionata del dominio utile come categoria interpretativa della realtà giuridica; in Dumoulin, ciò che già intorno a lui comincia a essere seriamente discusso se non demolito ed irriso (44), viene supinamente accolto; forse, è la registrazione — da parte di un personaggio immerso nella pratica — di una realtà quotidiana francese dove il dominio utile la faceva da padrone, ma tant'è: l'invenzione di accursiani e bartolisti circola indisturbata nelle sue pagine.

Il riferimento all'osservatorio particolare del giureconsulto parigino ci introduce però subito nella sua intensissima e caratterizzante dimensione 'moderna'. Innanzi tutto, una puntualizzazione: egli non commenta, come Zasius e come tanti giuristi umanisti dopo di lui, i *Libri feudorum*; anzi, se ne guarda bene. Le cosiddette *consuetudines feudorum* sono ai suoi occhi soltanto "opinio cuiusdam Oberti", un giurista "mere privatus", e pertanto "scriptura privata et nullius auctoritatis" (45), che non solo non hanno alcuna *vis legis* (46) ma neppure la denominazione autorevole di consuetudine (47) e che è arbitrario e fallace ritenere parte del *Corpus iuris* (48) giacché avrebbe lo stesso titolo la *coutume* d'Orléans o qualsiasi altra

(44) Cfr. più sotto, a p. 193.

(45) Charles DUMOULIN, *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in CAROLI MOLINAEI ... *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1658, T. I, col. 40, n. 100.

(46) "succedit famigerata ista quaestio, et istituto nostro satis necessaria utrum liber ille feudorum habeat vim et authoritatem legis, quod vulgo dicunt, an sit authenticus. Et omissis somniis fere omnium hac in re scribentium, quod liber ille sit decima collatio, quasi ab Imperatore aliquo fuerit approbatus, et novem novellarum Iustiniani collectionibus ad decimam complendam annexus, quod ridiculum et ad placitum confictum puto: in hac sum nova opinione ..." (*loc. ult. cit.*).

(47) "et sic tanquam opinio vel scriptura unius privati, nullius est auctoritatis, nec meretur nuncupari consuetudo, sed opinio et testificatio cuiusdem Oberti de consuetudinibus et legibus imperialibus super feudis" (*loc. ult. cit.*).

(48) "consequitur falsum esse quod vulgo quidam opinantur ... librum feudorum esse de corpore iuris civilis". E ancora: "[Bartolus] vocat dictum librum feudorum decimam collationem, quod non minus est ineptum et ridiculum quam falsum" (*ibidem*, coll. 12-13, n. 24). E ancora: *ibidem*, col. 40, n. 100, il testo eloquentissimo citato alla nota 46, in cui Dumoulin mena vanto della sua *nova opinio*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

coutume francese (49); per quest'ultime militerebbe almeno la circostanza che non si tratta di usi di fatto raccolti da un privato, ma di consuetudini sanzionate dal potere regio e aventi carattere squisitamente normativo. Dumoulin si gloria infatti, da un lato, di avere smontato il castello di carte che conferiva subdolamente efficacia normativa a un uso locale insubrico (50), a una fonte estranea alla tradizione della patria consuetudinaria francese, e, dall'altro, di essere il primo commentatore della *Coutume* di Parigi, fonte — questa sì — espressione autentica dello spirito nazionale, "caput omnium huius Regni Franciae et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum" (51), che aveva avuto nel 1510 la sua definitiva e ufficiale redazione e a cui egli dedica — sia pure a varie riprese — più di venti anni di minutissima riflessione.

È questo un atteggiamento di estremo rilievo: il 'bartolista' Dumoulin non esita a dissacrare una fonte che il trascorrere dei secoli aveva ammantato di autorevolezza, che generazioni di Maestri si erano premurati di chiosare dalla cattedra e che ogni causidico aveva maneggiato con rispetto e profitto nella quotidiana prassi forense; e lo fa con quella violenza verbale che è un tratto distintivo del costume umanistico nei giudizi verso il recente passato. Sotto questo profilo Dumoulin si inserisce perfettamente nella revisione e storicizzazione delle fonti feudali portata avanti da parecchi dei giuristi culti (52). E si lascia volentieri assorbire dall'esame tutto nuovo delle fonti nazionali francesi, ormai degnissime ai suoi occhi 'moderni' di meritare l'attenzione dello scienziato più provveduto.

Il suo macrocosmo di giurista è il Regno di Francia, e il suo *ius commune* è il complesso delle *coutumes* vigenti in quel territorio (53),

---

(49) *Loc. ult. cit.*

(50) "ille textus non sunt ius scriptum sed privata recitatio quarundam consuetudinum localium Insubriae circa feuda" (*ibidem*, col. 1503, n. 16).

(51) *Ibidem*, col. 5, n. 2.

(52) Si leggano le notazioni di D. R. Kelley, *De origine feudorum: The Beginnings of an historical Problem* (1964), ora in D. R. Kelley, *History, Law and the Human Sciences - Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984; nonché Id., *Foundations of Modern Historical Scholarship - Language, Law and History in the French Renaissance*, New York, Columbia Univ. Press, 1970 (soprattutto i capp. VI e VII).

(53) Cfr. P. Petot, *Le droit commun en France selon les coutumiers*, in *Rev. Hist. de Dr. Fr. et Etr.*, s. IV, XXXVIII (1960); V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come è segnalato dagli idiotismi francesi correnti nella pratica che frastagliano sempre più spesso il suo latino dotto. Dumoulin dimostra, insomma, anche sotto questo profilo, di appartenere a quello che Donald Kelley ha chiamato felicemente "vernacular humanism" (54), volendo sottolineare la profonda attrazione che verso il particolare e il locale subiscono la più gran parte dei giuristi umanisti; una tensione storicistica, che intende esser valorizzazione di quel particolare, sua elevazione a macrocosmo, e che, per lo storico del diritto, significa pertanto rottura con una tradizione che aveva visto il giurista spaziare 'in orbem terrarum' (55).

Costume, linguaggio, pratiche religiose, regole giuridiche particolari, avvertite come manifestazioni di una realtà nazionale, sono sottoposti a un salto di piano: il novello giurista francese, gallicano e nazionalista, in piena sintonia coi progetti politici della Monarchia, si sente ed è personaggio sostanzialmente nuovo, cioè nuovo per carica psicologica e fondazione culturale. Il 'gallicano' Dumoulin, pur con tutto il patrimonio del suo scibile bartolista, si sente a suo agio nel respirare l'aria del proprio tempo, possiede quella nuova carica e quella nuova fondazione.

Si dirà allora: che c'entra Molinaeus col nostro problema? Che c'entra, se elimina dal suo tavolo di lavoro i *Libri feudorum*? Sia chiaro: non li elimina affatto. Quel che gli preme è ridicolizzare e distruggere l'inserimento augusto nel *Corpus iuris* e l'autorità di fonte normativa, ma li avrà costantemente presenti anche se in posizione marcatamente dialettica. La definizione obertina gli è ben nota, ma, devitalizzata di forza giuridica, resta per lui collocata nel grembo di quel lontano, oh quanto lontano, secolo dodicesimo e sottoposta a una riduttiva valutazione storicistica: allora il dominio

---

nazionale in Francia nel secolo XVI, Milano, Giuffrè, 1962, soprattutto p. 61 ss. La voce di Dumoulin è espressa con limpidità in: *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 44, n. 106 ss.

(54) L'affermazione è fatta a proposito di Louis Charondas Le Caron, ma è suscettibile d'essere generalizzata a parecchi filoni dell'umanesimo giuridico francese. Cfr. D. R. KELLEY, *Louis Le Caron philosophe* (1976), ora in KELLEY, *History, Law and Human Sciences*, cit., p. 37.

(55) Vi ha insistito, a ragione, PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, cit., *passim*, e *Il diritto positivo in Francia nell'Epoca del mos gallicus*, in V. PIANO MORTARI, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1978.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utile era situazione tanto intrinsecamente debole che Oberto lo qualificò come usufrutto (56). È una definizione di feudo che non gli piace e a cui preferisce quella del giurista avignonese del primo Quattrocento Jean Raynaud (57), ma con la quale si confronta; come ama sempre confrontarsi dialetticamente con tutto il patrimonio di nozioni e costruzioni dei *Libri*.

Quel che preme notare è che, in primo luogo, anche Dumoulin legge usufrutto ma traduce giuridicamente dominio utile; in secondo luogo, che fa sua una definizione di feudo — quella raynaudiana — che fissa al suo centro, quale carattere naturale della concessione feudale, una *translatio utilis dominii* (58). L'osservatore concreto ed attento della vita sociale francese del Cinquecento, l'uomo immerso fino al collo nella pratica forense, non poteva che arrivare a questa ferma conclusione: intorno a sé era un brulicare di entità feudali dal contenuto ormai spiccatamente patrimoniale, in cui il vecchio concessionario dell'*uti-frui* aveva visto aumentare a tal punto la gamma dei suoi poteri da non essere soltanto un sicuro partecipe dell'appartenenza del bene, ma il sostanziale *propriétaire* a fronte di un *dominus directus* ormai simile al titolare di uno *ius in re aliena* nella ristrettezza dei suoi diritti onorifici e signoriali.

Dumoulin guarda alla prassi in questa sua presente deformazione socio-giuridica dell'istituto feudale e, lungi dal dimostrare la sdegnosa ripugnanza dell'astratto uomo di scienza, ne prende realisticamente atto, contrapponendo con malcelato orgoglio nazionalista il diritto volgare francese e quello aulico della tradizione romanistica:

---

(56) "certum est autem rei beneficiariae in feudum traditae non transire dominium directum in clientem seu vasallum, sed remanere proprietatem penes dominum et solum transferri in clientulum quoddam utile dominium, quod est adeo debile, ut in usibus feudorum reputatur ususfructus" (*In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 7, n. 9).

(57) L'abbiamo citata più sopra, alle note 14 e 26. L'adesione di Dumoulin è in: *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 46, n. 114.

(58) Ripetiamo qui per comodità del lettore la definizione di Jean Raynaud: "Feudum est benivola libera et perpetua concessio rei immobilis vel solo cohaerentis, aut inter immobilia computatae, ad utendum fruendum cum translatione utilis dominii, proprietate retenta sub fidelitate et exhibitione servitii" (vedi la citazione più sopra, alla nota 26).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur ... appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum sive utile sive feudale sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium ..., sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio ... Sed apud nos est econverso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius, vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei: et hunc solum proprietarium vocamus ... In tota patria consuetudinaria vassalli et similes domini utiles, domini et proprietarii rerum vocantur" (59).

Nella Francia del Cinquecento il vassallo si è posto ormai come schermo separatore tra il bene e il signore-concedente; sotto il profilo dei poteri è a lui che spetta la immediata *dispositio*, mentre si fa remoto, mediato il rapporto potestativo dell'altro. Dumoulin non si scandalizza e coglie questa esasperazione tipica del costume giuridico francese come un passo innanzi — ma nella continuità — rispetto alla tradizione del diritto comune che non aveva avuto esitazioni nel conclamare il carattere autenticamente dominativo del dominio utile e nel separare concettualmente il pianeta delle servitù da quello dell'appartenenza e quindi dello stesso dominio utile (60). Dietro Baldo egli è lieto di ripetere che "dominium utile non est servitus" (61). Dietro l'opinione comune dei Dottori è fermo nel ritenere creature giuridiche fra di sé incompatibili feudo e usufrutto.

Una fattispecie pratica in cui il nostro giurista si cimenta e si dilunga con una analisi abbondantissima è meritevole di essere qui sottolineata per la sua puntualità: può l'usufruttuario di un feudo compiere atti di carattere strettamente feudale, cioè inerenti alla qualità feudale del soggetto e del bene? La domanda è legittima, perché l'usufruttuario ha nelle sue mani quel fatto rilevante costituito dalla interezza del godimento del bene, ma la risposta è senza

(59) Il testo nasce come glossa al termine 'proprietaires' contenuto nella *Coutume* parigina (*In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 1181, nn. 1 e 2). Altro testo interessante, perché insiste su un *uti-frui* che si fa *dominium*, è *ibidem*, col. 187, n. 9, dove si parla del "dominus utilis, quem Gallici vulgo proprietarium vocant".

(60) Abbiamo seguito il filo di questa vicenda concettuale in una recente ricerca: *'Dominia' e 'servitutes' - Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù*, cit.

(61) *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., col. 186, n. 7.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ambage negativa, e trova la propria motivazione nella conclusione che "sunt actus exiguibiles per solos dominos, tam ex parte patroni quam ex parte vasalli, et omnino incompatibiles vel inexiquibiles per simplices usufructuarios sive ex parte patroni sive ex parte vasalli" (62); infatti "qualitas feudalis est realis et perpetua, sed ususfructus est contradictorie oppositus, utpote personalis et temporalis" (63). Rispetto alla cosa, l'usufruttuario, pur con tutta la propria quantità di godimento è un estraneo (64), a differenza del *dominus*, di ogni *dominus*, che vi è inscindibilmente coinvolto. L'usufruttuario non ha mai la capacità di incidere nel territorio a lui interdetto della appartenenza giuridica.

Quindi, inammissibilità di concepire il rapporto feudale come traslazione di usufrutto, e adesione all'opinione comune che vi scorgeva una traslazione di dominio utile (anche se, man mano, questo dominio, dal Trecento in poi, aveva fatto la parte del leone). Ovviamente, come si diceva all'inizio, piena accettazione della dottrina della proprietà divisa e della categoria del dominio utile.

All'inizio si diceva che Dumoulin non discute ciò che il mondo scientifico francese ha invece cominciato a discutere seriamente e aspramente. Sarà qui interessante aggiungere che il Nostro non ignora quelle discussioni, anzi le presuppone, ma ne prescinde; e lo fa per una visione realistica dell'ordine giuridico. Lezione di realismo per tutti coloro che si erano stracciati le vesti — per esempio, Jean Feu — di fronte alla constatazione che di dominio utile o diretto non è traccia nel *Corpus iuris*. Dumoulin lo ammette, ne è consapevolissimo; ammette che la categoria è scientificamente nuova e che è creatura dei maestri di diritto comune, ma non avverte il fatto come un'onta. Anzi, è un merito, e non piccolo, di quella *iurisprudentia*. La quale dette voce e corpo a tracce concettuali potenzialmente già racchiuse, anche se non espresse, nel *Corpus* giustinianeo, offrendo ai giuristi un prezioso strumento sistematorio; uno strumento, che è valido *de per se*, anche senza arrivare a scomodare i presupposti delle azioni diretta ed utile, giacché è la vita giuridica

(62) *Ibidem*, col. 54, n. 13.
(63) *Ibidem*, col. 54, n. 12.
(64) *Ibidem*, col. 54, n. 10 ("res ipsa dicitur respectu fructuarii in totum aliena").

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stessa a nutrire in sé precisamente le figure del proprietario utile e del diretto (65).

C'è forse, in questo discorso coraggioso e spregiudicato, anche il tentativo di salvare gli interpreti medievali comprendendo il valore evolutivo della loro *interpretatio* (ciò che l'umanesimo non giungerà mai a fare), la intermediazione che essi avevan voluto compiere fra legge vecchia e fatti socio-economici nuovi; ma v'è sicuramente una valutazione realistica ed effettualistica della *scientia iuris*: il dominio utile, prima che nelle pagine dei Dottori, è istituto della vita d'ogni giorno, è ontologicamente presente, che lo si voglia o non. È molto più saggio prenderne atto e ordinarlo, componendo armonicamente riflessione scientifica ed istanze della prassi, anziché respingerlo in nome di una purezza metodologica assolutamente astratta. Dumoulin, ben piantato nella terra della sua Francia cinquecentesca, a questa sterile operazione non si presta.

4. La situazione del feudatario non consiste in un usufrutto, ma in una sostanziale proprietà, e fa bene il *droit coutumier* a qualificarlo *proprietaire*: è questo l'atteggiamento di Dumoulin, un atteggiamento che abbiam definito realistico.

Ma non tutti i neoterici hanno la spregiudicatezza del gran pratico parigino. Si direbbe, anzi, che il disagio serpeggia: se, da una parte, è insostenibile la sua riduzione a usufrutto, dall'altra, ripugna anche riconoscere il sovvertimento completo delle vecchie sistemazioni romanistiche ammettendo il vassallo alla *proprietas*. Una soluzione mediana, che superi l'assurda interpretazione letterale della definizione obertina e non misconosca la intensa posizione reale del vassallo, sembra a taluno una scappatoia accettabile: così per Le Douaren e per Baron, che fanno riferimento alla figura del *quasi dominium* nei loro commenti ai 'Libri feudorum' (66).

---

(65) Per la posizione di Dumoulin in tema di dominio utile non possiamo che rinviare alla analisi fatta nella ricerca contenuta in questo stesso 'Quaderno': *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco.* Si veda soprattutto il testo citato a p. 235, dove il giurista parigino difende l'invenzione dei Maestri del diritto comune, perché espressiva della vera *mens iuris*, metodologicamente necessaria, valida "etiam de per se" senza far ricorsi a macchinose elucubrazioni sulle azioni dirette e utili.

(66) Anche sul problema della autorevolezza dei *Libri feudorum* Le Douaren, rispetto alla intransigenza di Dumoulin, tiene una posizione mediana: "scio magni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Assai puntuale Le Douaren:

> "Non enim dicimus dominium transferri in beneficiarium, sed tantum datur ei fundus fruendus, sicut dicitur de emphyteusi. Sed Obertus ostendit in hoc cap. usumfructum in accipientem transire non tantum, sed ad ipsius etiam haeredes: ex quo intelligimus usumfructum hic non esse, qui morte finitur, sed quasi-dominium transferri in beneficiarium intelligitur, ita ut utilis ei actio competat, sicut emphyteutae ... Obertus utitur verbo fruendi, quia aliud non habet, non quod verus sit ususfructus" (67).

Un po' meno puntuale ma parimente fermo nelle scelte Baron:

> "Nec quemquam moveat, quod beneficiarius possessor et fructuarius apud Ortensium dicatur, proprietate eius ad alium relata. Nam insolens non est fructuarios et possessores rerum eos appellare, qui ad haeredes suos eas transmittunt, qui tamen quasi domini sunt, res vendicant et plenissimam earum detentationem habent, non solum usumfructum, qui morte finiri solet" (68).

I due *homines novi* non si distanziano gran che dalla interpretazione che della definizione obertina aveva dato il diritto comune classico; solo che, essendo inaccettabile per essi la categoria 'magistrale' del dominio utile (69), la soluzione sta nel costruire una figura assai prossima al *dominium*, che riesca ad esprimere in modo tecnicamente adeguato la sostanziosità di poteri sulla cosa e la pienezza di azione processuale di cui è titolare nel Cinquecento il feudatario.

In Le Douaren il ripetuto raffronto è con l'enfiteusi, mentre Baron si lascia sfuggir di mano quel riferimento a una 'plenissima detentatio rerum', che, se è assai efficace come immagine generica per descriverci quanto ingombranti fossero sui beni questi concessionari, è assai poco rigoroso come qualificazione tecnico-giuridica.

È certo, comunque, che per essi il vassallo usufruttuario non è.

---

ponderis esse in iudiciis, etsi non ausim affirmare an habeat auctoritatem legis. Neque tamen ea res debet nos Gallos a lectione huius libri deterrere, sine quo ne mores quidem patriae recte intelligi poterunt" (FRANÇOIS LE DOUAREN, *Commentarii in Consuetudines feudorum*, cap. I, n. 5, in FRANCISCI DUARENI ... *Opera*, Francofurti, 1592).

(67) LE DOUAREN, *Commentarius in Consuetudines feudorum*, cit., cap. II, Quid sit feudum, n. 2.

(68) EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis* (in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. III) lib. IIII, caput VII, fol. 395. Cfr. anche, *ibidem*, lib. I, cap. I, fol. 327.

(69) Cfr. la documentazione offerta in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco* (*infra*, in questo stesso volume).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella convinzione di ambedue basterebbe a fugarne l'idea, malgrado l'anfibolia delle parole, il richiamo di Oberto a una situazione che non si esaurisce con la morte del concessionario ma è trasmissibile ai suoi eredi. *Usus-fructus*, lungi dal designare nella mente del console milanese la romana servitù personale, è espressione linguistica generica che segnala un generico contenuto economico, senza alcuna pretesa di coincidere con l'istituto omologo — e specifico — proprio del vocabolario tecnico dei giuristi.

A parte la voluta rimozione dello schema del dominio utile, il vecchio Jacopo Belvisi, sopra menzionato, avrebbe potuto sottoscrivere la conclusione dei due Maestri francesi.

5. Fin qui, pur nella naturale diversità di atteggiamenti derivanti dai mutati climi storici e dalle mutate certezze metodologiche, l'interpretazione della definizione obertina si muove in un filo di continuità che lega Belvisi a Le Douaren; una continuità che è avvalorata da uno stesso unico osservatorio dal quale i giuristi sembrano esaminarla, e cioè quello conoscitivo: si misura il suo contenuto alla stregua della realtà storica circostante; anche se spesso non ci si preoccupa di storicizzare il testo obertino, lo si mette sempre in raffronto e in contrappunto con quello che l'istituto feudale ha veramente rappresentato nella effettività sociale e giuridica, con quel 'reale' che è il feudo nella società tardo-medievale e post-medievale.

Una brusca interruzione di questo filo di continuità si ha però con la pubblicazione, nel 1566, del commentario ai *Libri* di Jacques Cujas (70). Cerchiamo di cogliere il pensiero del giurista tolosano, leggendo quelli che ci sembrano i testi più significativi.

La definizione obertina è riportata con fedeltà puntigliosa nel commento dedicato alla lettera per Anselmo:

> "Est igitur feudum beneficium, quod perpenso animo datur, ita ut proprietas rei immobilis penes dantem remaneat, ususfructus in accipientem perpetuo jure transeat sub onere fidei et servitii certi incertive plurimumque militiae" (71).

---

(70) BERRIAT-SAINT-PRIX, *Histoire de Cujas*, in appendice a *Histoire du droit romain suivie de l'histoire de Cujas*, Paris, Fanjat, 1821, p. 468.

(71) *De feudis libri quinque* ... aucti, emendati atque etiam explicati studio et

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Se si obietta, a ragione, che per il nostro problema questo testo è troppo ellittico, tanto che il vago riferimento all'*ususfructus* potrebbe essere suscettibile di una pluralità di interpretazioni tutte legittime, ecco lo stesso Cujas pronto a fugare ogni dubbio nella definizione di feudo che, sempre sulla scorta di Oberto ma più liberamente, egli premette a tutto il suo commento, nel preambolo generale:

> "Quid est feudum? Jus praedio alieno in perpetuum utendi fruendi, quod pro beneficio dominus dat ea lege, ut qui accipit sibi fidem et militiae munus aliudve servitium exhibeat. Jus est, non praedium ipsum ... et jus ususfructus. Solet ususfructus constitui in personam tantum. Sed tamen conveniri potest, ut et in haeredem fructuarii transeat. Verum enim haec pactio a Justiniano coarctatur ad primum haeredem, ne in universum inutilis sit proprietas semper abscedente usufructu ... Quin imo receptum est conveniri posse, ut ad successionem transeat in infinitum, si modo addatur lex fidei, hominii, servitii, ut diximus, quae efficit ne sit inutilis proprietas ... Sic fit ut non sit inutilis proprietas, licet ususfructus in perpetuum constituatur, et pleniori quidem jure quam soleat ususfructus esse: nam et vasallus fundi ac servitutum vindicationem habet, et fructus suos facit quoquo modo terra separatos, quae non solent fructuario dari" (72).

Si tratta di un testo complesso ma eloquentissimo proprio nella sua complessità. Innanzi tutto, si chiarisce fino in fondo a cosa pensi Cujas quando trascrive da Oberto il termine *ususfructus*. Egli non pensa a qualcosa di vago, bensì a qualcosa di tecnicamente assai preciso, e cioè alla servitù personale di usufrutto; tant'è vero che egli si dà da fare per risolvere il problema d'una armonizzazione del romanistico usufrutto, che normalmente ha termine con la morte dell'usufruttuario, con l'istituto feudale, che normalmente, quando è feudo proprio, è invece trasmissibile agli eredi anche in perpetuo.

La soluzione sta nel prendere atto che la *ratio* del vecchio principio romano poggiava sulla esigenza di non rendere *inutilis* la proprietà per un periodo troppo prolungato e che il principio è superato dalla particolare struttura del contratto feudale. Questo, prevedendo da parte del vassallo la continuativa prestazione della fedeltà, dell'omaggio e del servizio militare, rende ingiustificata l'estensione del principio, giacché nel rapporto feudale — anche

---

diligentia Jacobi Cujacii, in *Opera*, T. II, Neapoli, 1722, lib. III, tit. I, De beneficio quid sit et quibus modis amittatur, col. 1264.

(72) *De feudis*, cit., lib. I, princ., col. 1181.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perpetuo — la proprietà del signore, pur senza contenuto economico per il distacco dell'*uti-frui*, non è mai ridotta a un vuoto simulacro per la sussistenza di prestazioni extra-patrimoniali.

La conclusione è pertanto che la perpetuità, nel caso del feudo, non osta a qualificarlo correttamente come usufrutto.

Fin qui, tutto è all'insegna della coerenza e della ragionevolezza delle soluzioni tecniche; ma il feudo è realtà assai ingombrante per chi la guardi con un occhiale squisitamente romanistico: il vassallo ha infatti una gamma troppo vasta di poteri, che lo distaccano assai dalla figura tradizionale dell'usufruttuario, il quale — anche per il tolosano — è la fragile struttura disegnata dai classici e da Giustiniano e ripresa dipoi per tutto il corso del diritto comune. E Cujas ricorda qui il potere di rivendicare lo stesso fondo e di far proprii i frutti già con la separazione, ma si deve aggiungere anche quello rilevantissimo di costituire sul fondo diritti reali limitati, di cui il Nostro fa altrove (73) menzione.

Qui il discorso del giurista si spenge senza nemmeno un tentativo di giustificazione tecnica; ci si arresta semplicemente di fronte alla singolarità di questo strano e poco comprensibile usufrutto. Tuttavia — e questo è il punto che preme sottolineare — la qualificazione giuridica resta ferma, né si affaccia il dubbio sulla validità della qualificazione stessa. Cujas rimane pervicacemente attaccato alla ipotesi dell'usufrutto in senso stretto e a una interpretazione letterale della definizione obertina.

Non si può non domandarsene le ragioni, soprattutto quando si constata che quella pervicacia costituisce per il giurista un grosso costo sul piano della coerenza intima del suo discorso. Cujas non può negare una prassi, avvalorata da dottrina e giurisprudenza, in cui il feudatario, particolarmente in Francia dal Trecento al Cinquecento, si contrassegna per una notevole intensità di poteri sul bene concesso; pone addosso a questo personaggio la veste giuridica di usufruttuario, accorgendosi subito che gli è troppo stretta; sente l'esigenza di giustificare quel rivestimento, ma la giustificazione — come si è visto — resta a mezz'aria, monca, incompiuta, giacché non

(73) Cfr. *De feudis*, cit., lib. II, tit. IX, *De jure quod in feudo vasallus habet*, col. 1243.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si giustifica un bel nulla quando si ammette soltanto che si tratta di un usufruttuario che non ha i poteri consueti dell'usufruttuario.

Altri testi del commento cujaciano ai *Libri* possono consentirci di meglio capire i motivi profondi di un simile atteggiamento. L'accenno ad una costituzione dell'Imperatore Lotario in tema di *precariae* sollecita Cujas ad aprire un discorso su questa figura escogitata dalla pratica notarile dell'alto medioevo come forma unitaria di contratti agrari dal contenuto sostanziale però assai svariato (74); un discorso che volutamente il giurista estende al livello, all'enfiteusi, al feudo:

> "Precaria est cessio ususfructus rei immobilis; idem possis dicere feudum esse, idem emphyteusim, idem libellariam: nam proprietatem retinet qui dat; aut igitur nihil aut usumfructum dat et cedit. Utile dominium nullum est, ut recte sensit vulgaris interpres quisquis est, sive Pileus sive Conradus (nam hi duo sunt vetustiores horum librorum interpretes) ad tit. de alienatione feudi paterni, lib. 4. Contractuum leges sive pactiones ex quibus dicuntur contractus capere formam ita sunt dispares nonnunquam, ut novas appellationes excogitare sit necesse: exemplo sit pignus, aliud est pignus, aliud hypotheca, aliud fiducia, aliud ἀντίχρησις, et omnia tamen pignora. Sic aliud feudum, aliud emphyteusis, aliud libellaria, aliud precaria, aliud ususfructus, et omnia tamen ususfructus, quoniam qui dat retinet proprietatem. Adjiciamus ergo legem precariae propriam: Precaria est cessio ususfructus rei immobilis, quae fit clerico ad tempus vel dum vixerit ea lege ut Ecclesiae ministerium exhibeat ... Quid distet precaria a feudo et libellaria si quis quaerat, consulat definitiones: nam et feudi et libellariae definitionem tradidi supra. Qui ab emphyteusi, collata etiam emphyteuseos definitio cum definitione precariae, statim indicabit: emphyteusis est contractus, quo dominus praedii sui usumfructum in alium transfert ea lege, ut id melius et cultius reddat constituta pensione certa. Feudo additur lex fidei et servitii, emphyteusi lex meliorationis. In aliis nulla est lex talis" (75).

Il testo prosegue enumerando una sfilza di peculiarità proprie a ciascun contratto, ma conviene fermarsi qui, perché, nel prosieguo, non aggiunge alcunché di rilevante per quanto ci interessa. Soffermiamoci invece sulla indicativa sistemazione che vi viene operata.

Se non andiamo errati, Cujas intende costruire — al di sopra delle

---

(74) Che, tuttavia, già nella elaborazione del diritto comune classico, aveva perduto (insieme al livello) i suoi caratteri originari e originali, per diventare quasi un doppione dell'enfiteusi (cfr. P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968, p. 212 ss.).

(75) *De feudis*, cit., lib. I, tit. V, Qualiter heres investitoris teneatur, col. 1208.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diversità apportate dalle singole *leges contractus* — una categoria unitaria: quella dei contratti grazie a cui il *dominus* mantiene la *proprietas* e trasferisce il solo usufrutto, una categoria la cui piattaforma comune consiste essenzialmente nell'essere tutti una *cessio ususfructus*; il resto viene dopo. La causa miglioratizia nell'enfiteusi, il sinallagma protezione/fedeltà nel feudo, e così via, si inseriscono su una base che tutti li accomuna e che abbiamo or ora precisato.

A questo punto, non è peregrino domandarsi che senso abbia tutta questa operazione che riunisce insieme un fascio di strutture contrattuali causalmente tanto diversificate. Le cose ci saranno più chiare se si tiene presente che, nell'apogeo del commento, i Dottori di diritto comune avevano già essi dato vita a un'altra categoria, quella dei contratti traslativi del dominio utile e non del diretto. Come puntualizza un celebre e ben conosciuto testo di Baldo, sono sei, e sono precisamente l'enfiteusi, il feudo, la precaria, il livello, la locazione a lungo tempo e il contratto superficiario (76). È facile constatazione che i primi quattro coincidono con i contratti di cui discorre Cujas (77).

Lo scopo del tolosano sembra pertanto essere quello di opporre una nuova categoria alla vecchia costruita dai Commentatori, una nuova categoria che elimini la ripugnante figura del dominio utile. Egli infatti insiste su questo schema tecnico: la proprietà ben salda nelle mani del concedente, il quale "aut nihil aut usumfructum dat et cedit", dove è palese il tentativo di salvaguardare il primo e di umiliare per quanto possibile il concessionario, di ridurlo a un personaggio giuridicamente ben più fragile dell'ingombrante *dominus utilis*. Il dominio utile non esiste, è il frutto di errori esegetici e

(76) "sex dicunt esse contractus ex quibus transfertur dominium utile et non directum, sicut contractus superficiarius, contractus locationis ad longum tempus, contractus emphyteuticus, contractus qui dicitur precaria in genere foeminino, contractus livellarius et contractus feudalis" (Baldi Ubaldi perusini ... *In quartum et quintum Codicis libros*, Venetiis, 1577, in titulum de jure emphyteutico, n. 1 ss.).

(77) Il contratto superficiario appare meno rilevante agli occhi di Cujas, perché ciò che soprattutto lo preoccupa è l'analisi dei contratti di concessione fondiaria. Anche la locazione a lungo tempo è concessione fondiaria, ma, in quanto locazione, è per sua natura trasferimento di una certa quantità di *uti-frui* nel conduttore; in quanto locazione, è per sua natura cessione della mera detenzione nel conduttore ed è facile dimostrare che la *locatio ad longum tempus* con efficacia reale è una 'aberrazione' di Accursiani e Bartolisti. Più arduo è invece il discorso sul contratto feudale ed enfiteutico, sul livello e sulla precaria, strutture abbastanza atipiche in grazia della loro origine squisitamente consuetudinaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di cattive diagnosi tecniche in tema di *actiones utiles*; esiste soltanto un usufrutto che si è distaccato dalla pienezza del *dominium*. Dirà ad alta voce Cujas nel preambolo generale al suo commento:

> "Vasalli praedia feudalia ususfructus tantum jure perpetui vel temporarii, proprietas est dominorum a quibus praedia acceperunt beneficii jure: usumfructum dicimus cum Oberto lib. 3 quod interpretes utile dominium vocant, propterea quod vasallus rei in feudum datae utilem non directam vindicationem habet ... quae tamen ratio utile dominium non inducit, et verior est Conradi sententia lib. 4. tit. de alie. pat. feudi nullum esse dominium utile" (78).

'Usumfructum dicimus cum Oberto quod interpretes utile dominium vocant'. Il fulcro di tutto il discorso cujaciano è qui: una battaglia frontale contro il dominio utile e i suoi sostenitori; è per questa battaglia che si riesumano le forti perplessità dell'antico glossatore al titolo 'de alienatione paterni feudi' dei *Libri* sulla legittimità del dominio utile (79) e ci si appiglia con tanta fedeltà alla lettera del testo obertino; che si rivisitano come *cessiones ususfructus* contratti agrari che avevano da secoli, nella comune coscienza, frantumato il dominio, come l'enfiteusi; che si disegnano come usufruttuari dei concessionarii che si prestavano malissimo a una siffatta configurazione, primo fra tutti l'enfiteuta che l'obbligo di miglioramento del fondo separava per essenziali diversità di linee dall'immagine del percettore d'un *uti-frui*.Ci sia consentito di allegare un ultimo testo del commentario cujaciano, che sembra convalidare pienamente la nostra interpretazione:

> "Docet [il titolo IX del libro II - De jure quod in feudo vasallus habet] vasallum praedii in feudum dati utilem habere vindicationem et si possideat exceptionem tanquam rei quae in bonis suis sit ... et non tantum praedii sed etiam servitutis. Plus igitur habet quam fructuarius: nam fructuarius neque fundi neque servitutis vindicationem habet ... Idem quod superficiarius, emphyteuticarius, creditor hypothecarius: hi enim omnes fundi et servitutis fundo debitae vindicationem habent: nec tamen ideo utiles dominos dixeris recte: certe non creditorem, ergo nec ceteros. Sed an possunt servitutem imponere? Superficiarium constat posse. Ergo et emphyteuticarium et creditorem et feudatarium. Sed finietur commisso feudo ... nec domino libertatem asserenti ulla obstabit praescriptio temporis, ne factum vasalli domino

(78) *De feudis*, cit., lib. I, princ., col. 1179.

(79) Nella Glossa, alla rubrica del titolo 'de alienatione paterni feudi' del libro secondo, si afferma infatti che "nec forte tutum est dicere quod utile dominium in vasallum transferatur".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

noceat ... Deteriorem feudi conditionem vasallus sine domini voluntate facere non potest ... quia proprietas ad eum non pertinet, nec enim nudum dominii nomen retinet is qui feudum concedit, sed etiam dominium, id est proprietatem. Est igitur dominus cum re, non sine re; non potest autem invito domino dominii causa deterior fieri" (80).

Il vassallo 'plus igitur habet quam fructuarius'. Il martello del giurista batte e ribatte sempre sullo stesso chiodo, perché è lì la debolezza di tutto il suo discorso, perché è lì il nodo non sciolto che macchia di incoerenza tutta l'argomentazione. Il testo, come tutti i testi che nascondono un malcelato tormento costruttivo, ha un andamento dialettico; l'autore si interroga, si pone esso stesso obbiezioni, tenta qualche risposta. L'intelligenza lucida di Cujas non può condurlo a fargli negare l'evidenza, quando tutti i *mores Galliae* (cui accenna in una parte, che abbiamo risparmiato al lettore) la conclamano: l'ingombro giuridico costituito sul bene dal vassallo è cospicuo; il costume ha compiuto a suo favore una incruenta espropriazione del concedente. Una tale premessa non è smentita, solo che ci si rifiuta di trarne la deduzione logica. Anzi, è ferma anche in questo testo la assolutamente apodittica conclusione: 'nec tamen ideo utiles dominos dixeris recte'.

Vassallo, enfiteuta, superficiario, creditore ipotecario possono costituire servitù sul fondo; si ammette questa regola tecnica e si sa perfettamente che si ammette in tal modo un potere riservato al *dominus* (a un *dominus*), tuttavia si rimuove mentalmente questa idea ripugnante e ci si limita a constatare con soddisfazione, ma senza aver vinto la latente inespressa obbiezione, che quelle servitù avranno termine *commisso feudo.* Insomma, il testo riproduce le contorsioni, cui Cujas ci ha abituato sul delicato tema dei poteri del feudatario e conferma il disagio di un interprete che si vede condannato all'incoerenza dal sostegno — evidentemente ritenuto irrinunciabile — alla sua assurda ipotesi di fondo.

Il peggio deve ancora venire, e questo peggio ci è offerto dalla parte finale, dove si vuol fissare con precisione i confini giuridici della figura del signore: come il vassallo non ha la *proprietas*, così il signore non ha un *nudum dominii nomen*; la sua situazione è 'dominium, id est proprietas', 'dominium rei'. Si ha qui il perfetto

(80) *De feudis*, cit., lib. II, tit. IX, De jure quod in feudo vasallus habet, col. 1243.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrapposto di quanto aveva insegnato Dumoulin: là un signore, che era divenuto il semplice proprietario del suo diritto di superiorità, ma giuridicamente distaccato dalla cosa con la quale mantiene un rapporto indiretto e mediato, cioè mediato dall'ingombrante vassallo divenuto *proprietaire*; qua esattamente il contrario.

Ma Dumoulin è il fedele trascrittore dell'esperienza giuridica francese consolidata nelle *coutumes*, è l'interprete di un divenire storico che, quando lui vive, si è già compiuto e che ha completamente capovolto il rapporto *senior/vassus*. Allorché, nel 1790, il regime signoriale sarà abbattuto dalla Assemblea Costituente, il ritrovamento della unicità del dominio si avrà riconoscendo nel vassallo/proprietario utile la pienezza della proprietà perché questo era il senso di almeno quattro secoli di storia giuridica francese, quella storia che, ai tempi di Cujas, era già perfettamente consolidata e si poteva già leggere nelle cose nella sua irrevocabilità. Se Dumoulin legge nelle cose e trascrive fedelmente nelle sue pagine, Cujas — al contrario — vi si rifiuta e continua a predicare che la situazione giuridica del vassallo è quella dell'usufruttuario.

Crediamo che si possa tirar le fila d'un discorso che sta diventando troppo lungo. La recezione letterale presso Cujas della definizione obertina di feudo ha un valore non conoscitivo, ma scopertamente ideologico: la costruzione tecnica offerta dal tolosano non è la sua verità — com'è per il discorso franco di Dumoulin —, bensì la sua pseudo-verità; si tratta cioè di una architettura gabellata come diagnosi oggettiva, ma che è invece lo strumento partigiano per raggiungere un risultato ulteriore. La definizione cujaciana è il momento rilevantissimo di una guerra e di una strategia: quelle contro il dominio utile.

Il dominio utile è una struttura che urta sotto più d'un profilo la sensibilità di Cujas: esegeticamente è senza dubbio una falsazione o almeno una forzatura, è pertanto snaturamento e violazione del messaggio dei classici; è il frutto più tipico della politica del diritto degli odiati Accursiani e si identifica col loro timbro di voce; è la smentita di quella linea di tendenza — di cui, sulla scorta del riscoperto patrimonio classico, lo stesso Cujas è portatore — verso il ritrovamento di una proprietà unica e semplice, unica e semplice come il soggetto al quale ormai si esempla.

Da qui l'interpretazione di Cujas, che è essa stessa una battaglia;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è infatti non una interpretazione della realtà, ma contro la realtà. Ludica, forse, nel senso huizinghiano del termine, svincolata com'è dagli imbarazzanti *mores Galliae* che parlano tutt'altro linguaggio; meglio ancora, ideologica, perché si fa passare per lettura obbiettiva la guerra personale e particolare dello scrittore contro la realtà. La figura dell'usufruttuario serviva egregiamente ai suoi fini: certamente titolare d'un diritto reale ma proprietario soltanto del suo diritto d'usufrutto (81), non dava nessun ingombro giuridico al concedente per quanto atteneva alla cosa corporale, al fondo. È chiaro, infatti, che il nostro giurista, quando parla di usufrutto, pensa soltanto alla servitù personale, all'usufrutto formale, secondo un linguaggio ancora frequente nel Cinquecento, e questo è dimostrato dalle ripetute insistenze sulla sua limitatezza alla vita dell'investito.

Anche se macchinosa, forzosa e di dubbio successo tecnico, è questa l'operazione del Nostro: rimuovere i *dominia utilia* e trasformarli giuridicamente in usufrutti. Enfiteuti, superficiarii, livellarii, precaristi, feudatarii disegnati nella fragilissima trama giuridica dell'usufruttuario.

Il male era che questa teorica non aveva riscontro nella realtà, che la realtà si era evoluta in altra direzione, e lo segnalavano con marcata evidenza quei maggior poteri che Cujas era costretto a constatare, che smentivano fastidiosamente le sue costruzioni, ma che pur c'erano. La teoria rischiava di restare una avventura intellettuale senza agganci col reale, una esercitazione libresca.

6. Tra gli *homines novi* che seguiranno continuerà la varietà di scelte e di soluzioni, con la piena dimostrazione che quell'universo culturale, cui si fa riferimento parlando di neoterici, è tutt'altro che unitario, anzi parecchio composito.

La riduzione del feudo a un *dominium utile* reperisce adepti

(81) Per chi volesse documentarsi adeguatamente sulla concezione cujaciana dell'usufrutto, ecco alcuni testi significativi: *Ad Africanum tractatus*, in *Opera*, cit., T. I, ad l. Qui usumfructum, 36, de usufr., col. 1329 ss. ma soprattutto col. 1332; *Recitationes solemnes ad tit. II. Lib. XLI, Digest. De adquirenda vel amittenda possessione*, in *Opera*, cit., T. VIII, ad lib. XII, Naturaliter videtur, col. 271; *In librum V. Codicis recitationes solemnes*, in *Opera*, cit., T. IX, ad titulum X, Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit, col. 476.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

convintissimi in Germania, dove — del resto — la teorica del dominio diviso continuava assai bene ad allignare (82). Schneidewin si rifà espressamente alla interpretazione dei Dottori persuaso che la relazione *superior/inferior* tipica del rapporto feudale trovava la sua traduzione più congeniale sul piano patrimoniale nella articolazione dominio diretto/dominio utile, quando quest'ultimo 'directo subalternatur' (83); e Wesenbeck opta per la configurazione del dominio utile quale diretta e legittima conseguenza della gamma di poteri in mano al feudatario, poteri impensabili per il ben più fragile usufruttuario (84).

In Francia, la terra dove Dumoulin aveva consolidato dottrinalmente i risultati della prassi e della legislazione *coutumières*, Charondas Le Caron non può non ammettere "que par le droict françois le fief est mal defini par le terme usufruict" (85) e che, al contrario, il vassallo "est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains proprietaire" (86). È invece soltanto titolare di un *dominium*

---

(82) Cfr., in questo stesso 'Quaderno', quanto abbiamo avuto occasione di precisare in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, p. 230.

(83) Ioannis Schneidevvini *Epitome in usus feudorum*, Hanoviae, 1595, p. 21 ("quod feudum sit benevola et libera rei immobilis vel aequipollentis concessio cum utilis dominii translatione, retenta proprietate, sub fidelitate et exhibitione servitiorum honestorum") e p. 22 ("utile dominium transeat in recipientem vasallum scilicet accipiendo secundum Doctores ibi usumfructum pro utili dominio, quod scilicet dominio directo subalternatur et ita recognoscit superiorem dominium"). Schneidewin aggiunge: "et de dominio quotuplex sit, videte ordinariam doctrinam Bartoli" (*ibidem*), dimostrando lo straordinario peso della tradizione nella sua cultura di uomo di transizione con grossi legami con la pratica giuridica.

(84) Matthaei Vuesembecii *Tractatus de feudis* (1584) ..., Wittebergae, 1616, caput I, n. 5 (dove si definisce il feudo una 'concessio utilis dominii') e caput IX, n. 4 (dove si enumerano i rilevanti poteri processuali e sostanziali del vassallo e dove si conclude: "est enim possessor et utilis dominus"). Matthäus Wesenbeck, fiammingo di nascita, è qui inserito nell'area culturale tedesca per avere lungamente insegnato in Germania.

(85) Loys Charondas le Caron, *Memorables observations du droit françois rapporté au civil et canonic illustrées des Arrests des Cours souveraines de France...*, Paris, 1614 v. Fief p. 435.

(86) Loys Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois* (1587), l. II, Paris, 1607, chap. XIX, p. 188. I vassalli sono qualificati "seigneurs utiles proprietaires" da Guy Coquille, *Institution au droit des françois*, in *Les oeuvres* de maistre Guy Coquille ..., t. II, Paris, 1665, des fiefs, p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

utile quale specie del genere *dominium finitum* (87) nella interpretazione più romanistica di François Hotman (88), il quale, utilizzando lo strumento logico-sistematico delle *differentiae* e delle *similitudines* fra istituti comparativamente esaminati, ne trae la ferma conclusione che feudo e usufrutto sono due schemi tecnici essenzialmente e non marginalmente diversificati (89).

Il gusto della *differentia* è diffuso tra gli umanisti proprio per la sua validità rigorosamente definitoria e quindi per la sua capacità di permettere il disegno di architetture nitide, logicamente fondate (90). Se in Germania il coltissimo Konrad Rittershausen ripete, ai primissimi del Seicento, nelle sue *Partitiones iuris feudalis*, la teorica del quasi-dominio insegnando che il vassallo "habet ... quasi dominium quoddam" (91), lo può fare dopo aver dimostrato *per tabulas*, analiticamente, le molte e sostanziali diversità fra le due strutture giuridiche (92); pieno di perplessità e di ripugnanze per la categoria del dominio utile (93), preferisce ripiegare su una qualificazione

(87) Su questa costruzione di Hotman di una divisione del *dominium* in due generi, *finitum* e *infinitum*, e della ricomprensione nel primo del dominio utile, si rinvia a quanto abbiamo osservato in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, cit., p. 240.

(88) Franc. Hotmani *Disputatio de feudis* (1573), in *Operum tomus secundus*, pars altera, Lugduni, 1599, cap. XXX, de reali feudorum iure.

(89) Hotman, *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXXI, Quibus rebus feudum et ususfructus inter se vel conveniant vel dissideant, dove sono segnate puntigliosamente le analogie e le differenze; tra le differenze, tra le molte elencate, tre soprattutto valgono a fare del feudo e dell'usufrutto due schemi tecnici sostanzialmente diversi: "ususfructus nullum plane dominii genus, quantum ad substantiam attinet, in fructuarium transfert ... feudum vero utile praedii dominium transfert ...; ... ususfructus necessario temporalis est, ne proprietas mortua et inutilis maneat ... feudum autem vassallus perpetuo iure sibi suisque posteris possidet; ... fructuarius proprietatis nomine legare non potest, quia neque dominus est, et si conveniatur, laudare dominum cogitur, feudatarius praedii feudalis nomine solus et agere et conveniri potest".

(90) Si veda V. Piano Mortari, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI* (1957), ora in V. Piano Mortari, *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene, 1978, soprattutto p. 147 ss.

(91) Conradi Rittershusii ... *Partitiones iuris feudalis* ..., Hanoviae, 1603, p. 314.

(92) Cfr. *ibidem*, pp. 82-83 l'esame analitico e dettagliatissimo delle *differentiae*.

(93) Anche su questo punto si rinvia a quanto da noi già osservato in: *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco*, cit., p. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ambigua ma tale da esprimere bene la preponderanza economica e giuridica del concessionario.

Continua anche la tesi 'obertina' del feudo come usufrutto: un usufrutto singolarissimo e improprio, sia per quella prestazione di fedeltà che inquina e stravolge il puro rapporto patrimoniale (94), sia perché si tratta di uno 'ius utendi fruendi in perpetuum' che il carattere della perpetuità separa con un solco profondo dal normale usufrutto (95).

Van Giffen, che ha studiato a lungo filologia e diritto nelle Università francesi e che riconosce Cujas tra i suoi maestri, difende formalmente la tesi dell'usufrutto, ma, conscio delle molte obbiezioni che una simile soluzione tecnica provoca (96), è costretto a creare accanto alla normale servitù personale — che è *servitus simplex atque particularis* e che, come tale, "est accessorium quoddam praediorum et sequitur causam vel naturam principalis" — una "quaedam servitus universalis", affatto "singularis" perché "pinguiorem, pleniorem, crassiorem et propemodum propriam naturam servitutis habet" (97), dove la ripetuta, insistente aggettivazione, proprio nel suo carattere iperbolico, dimostra la cattiva coscienza del giurista nel fissare una definizione formale e nello smentirla nei contenuti (98).

---

(94) "Feudum, a fide dictum, est ususfructus quidam rei immobilis sub conditione fidei" (Hermanni VULTEJI ... *Exegesis summa juris quod est de feudis* ..., Marpurgi, 1595, p. 7.

(95) "Feudum est concessio beneficiaria, per quam ius utendi fruendi in perpetuum re immobili transfertur in accipientem, proprietate apud dantem remanente, sub fidelitate et exhibitione servitiorum honestorum ... Ius utendi fruendi in perpetuum: in hoc differt feudum ab usufructu, quod ususfructus, quatenus est servitus personalis, ultra personam fructuarii non extenditur, feudum autem est ius utendi fruendi, quod ad vasallum et heredes eius in perpetuum pertinet" (*Methodus feudorum*, auctore EVERARDO BRONCHORST, Lugduni Batavorum, 1613, p. 9).

(96) Si veda il significativo testo in HUBERTI GIPHANII, *Antinomiae iuris feudalis* ... Francofurti, 1606, p. 9 (per la definizione del feudo come usufrutto, un usufrutto tuttavia perpetuo, per il quale carattere "differt feudum a fructu et usu simplici, qui morte fructuarii finitur") e p. 11 s. (ma soprattutto p. 13 con la quarta obbiezione) per le varie obbiezioni che il giurista stesso si pone.

(97) *Ibidem*, p. 13, nn. 45-48.

(98) Forse un ripensamento, dopo tante tormentate riflessioni, può cogliersi nella prefazione che Van Giffen scrive, un anno prima della morte, nel 1603, per le da noi già citate *Partitiones iuris feudalis* di Konrad Rittershausen e dove confessa: "agis de iure in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

C'è poi, tra gli allievi di Cujas, chi invece difende a spada tratta e consapevolmente la tesi del maestro, partendo ovviamente dalle sue stesse premesse; è il tedesco Johann Borcholten:

> " vasallus igitur proprietarius non est, sed usufructuarius, non habet dominium rei infeudatae, sed duntaxat usumfructum. Et quamvis interpretes communiter contra Obertum insurgunt ac volunt vasallum non usumfructum habere, sed utile dominium ..., tamen verior est sententia Oberti vasallum usufructuarium esse" (99).

La degnità prima, che sta a fondamento e giustificazione è, sulla scorta del tolosano, l'inesistenza del dominio utile: "nec enim est dominium aliquod, quod utile dicatur" (100). Questa creatura artificiosa, ignota alla *lex* e allo *ius*, esiste soltanto nella fantasia degli interpreti, che hanno voluto con questa loro invenzione conciliare i testi dei *Libri feudorum* qualificanti *dominus* il feudatario col principio romano che non si possono correttamente ipotizzare due dominii solidali sulla stessa cosa. La fantasia degli interpreti ha creato dal nulla due dominii, il diretto e l'utile, di diversa qualità, ma la teorica è e resta fantasiosa, "magno errore introducta", come ha dimostrato inconfutabilmente Cujas (101).

---

rem, quod feudum vocant, non absimile emphyteusi; certe et similius quam iuri ususfructus, si nostram aetatem spectes, qua feuda non cum personis, ut ususfructus, extinguuntur, sed etiam ad heredes vel agnatos pertinent" (*Praefatio*, circa finem).

(99) *Commentaria in consuetudines feudorum* ..., auctore JOHANNE BORCHOLTEN, Helmstadii, 1591, cap. I, n. 13.

(100) *Ibidem*, n. 14.

(101) *Ibidem*, n. 15: "cum Titius praedium suum Sempronio concedit ea lege, ut Sempronius fidem sibi praestet et servitia exhibeat, Titius dominium praedii retinet et Sempronius duntaxat usumfructum consequitur et proprio nomine feudatarius appellatus et competit Titio actio directa, Sempronio utilis. Dicitur tamen Sempronius feudatarius quandoque dominus sed abusive et improprie, quia vero unius eiusdemque rei duo in solidum domini esse non possunt ... Ob id interpretes duplex dominium constituerunt ... sed quia sine lege nihil loqui debemus, cum nusquam inveniatur cautum in iure, cum id non inveniatur a iure concessum, cum id non sit expressum in iure ... et qui sine lege loquuntur, nimis alte volant sine pennis et ideo non mirum si veluti Icarus cadent ... nos cum Oberto de Orto dicemus vasallum in feudo usumfructum habere". È istruttiva anche la lettera dedicatoria che Borcholten prepone ai *Commentaria*, colma qual'è di disprezzo dichiarato per i *Libri feudorum* e per il diritto feudale, di cui il culto giurista si occupa soltanto per il grosso rilievo pratico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

LA CATEGORIA DEL DOMINIO UTILE E GLI *HOMINES NOVI* DEL QUADRIVIO CINQUECENTESCO

1. Sulla storia del dominio utile nel Cinquecento. — 2. 'Nullum est dominium directum, nullum utile'. — 3. *Dominium utile, quasi dominium, ius dominio proximum.* — 4. Il dominio utile come espressione della prassi giuridica. — 5. L'accettazione del dominio utile. — 6. La giustificazione del dominio utile.

1. Il dominio utile è creatura tutta 'magistrale', è cioè uno dei frutti più tipici e rilevanti del lavorio creativo dei maestri del diritto comune classico e la testimonianza di una capacità di invenzione teoretica sensibile alla prassi quotidiana e protesa a ordinarla. Quei maestri — come parecchie volte ci è capitato di sottolineare —, al di là della artefatta fondazione romanistica che dalla *rei vindicatio utilis* risaliva forzosamente a una situazione sostanziale squisitamente dominativa, volevano con quella loro creatura dar cittadinanza nel territorio geloso dell'appartenenza a tutte le posizioni di soggetti concessionari-imprenditori su un bene che la pratica altomedievale aveva intensamente 'realizzato' e che la pratica del tardo medioevo serbava vivaci nella vita sociale. Straordinaria corrispondenza — questa — di una scienza giuridica alle istanze della realtà economica; una scienza, che è disposta a tradimenti e compromessi, pur di non venir meno al suo ruolo di interpretazione dei fatti sociali (prima ancora che dei testi romani).

La dottrina del dominio utile si compenetra col sistema medievale delle situazioni reali, e diventa la centralissima categoria ordinante, ricevendo nelle grandi analisi dei Commentatori trecenteschi e quattrocenteschi la propria definizione e consolidazione. È un momento di elevata elaborazione teorica, meritevole di attenzione da parte dello

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storico del diritto come stadio culminante della costruzione d'un sistema con tutto il suo ammirevole apparato di strumenti tecnici.

Il momento successivo è di non minore interesse, ma sotto altro profilo. Il Cinquecento è per la scienza giuridica un quadrivio affollato e convulso: accanto alla prassi forense che sonnecchia sui vecchi schemi ormai acquisiti, molti *homines novi* si interessano o si entusiasmano dei nuovi atteggiamenti metodologici proposti al séguito della rivoluzione umanistica: il nuovo si giustappone o si contrappone al vecchio, in molti casi si mescola col vecchio, rendendo il secolo decimosesto un terreno vivissimo di incontri e scontri, incomposto e variegato, ma indubbiamente fertile per il divenire dell'intiera esperienza giuridica europea.

Alla costruzione tecnica del sistema si sostituisce ora la discussione delle sue strutture e delle sue categorie fondanti, l'erosione dei suoi materiali più sicuri alla luce delle nuove acquisizioni culturali e dei nuovi fatti politici ed economici. Il cemento impastato con cura dai vecchi maestri comincia a subire incrinature, per ogni loro conclusione si insinuano corrosivi dubbi di indole metodica ed esegetica. Il dibattito è culturale: modi diversi di concepire la scienza giuridica che si confrontano e si battagliano. E il dominio utile è al centro della schermaglia per la sua duplice qualità di tradimento romanistico e specchio fedele di istanze medievali.

Nasce da qui l'interesse per la sua storia nel Cinquecento: non come misura delle tecniche costruttive di una *iurisprudentia*, le quali si sono già maturate e definite nei secoli precedenti, ma come terreno d'incontro inevitabile di due visioni sensibilmente diverse del diritto quale scienza. Per questo motivo, è ovvio che non si presterà attenzione alcuna a quei molti giuristi che ripetono fiaccamente le conclusioni della *communis opinio* e che costituiscono soltanto una prosecuzione inerte del vecchio discorso dei Commentatori, restringendo il nostro esame agli *homines novi*, a quei giureconsulti che, variamente ma sicuramente, per tutta l'Europa, hanno orecchiato il nuovo dei tempi e si son lasciati conquistare dalle fitte discussioni sul metodo, sui compiti della *interpretatio* e sul ruolo del giurista, sui rapporti fra diritto romano e diritti e prassi nazionali. Non si tratta di una falange unitaria; si tratta, anzi, di personaggi sparsi in tutta Europa, fra di sé profondamente diversi, che possono essere accomunati sotto questa vaga e certo non culturalmente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

appagante insegna di neoterici per essere tutti in qualche modo dei 'moderni', partecipi del nuovo emisfero culturale o tutt'al meno a cavalcioni sull'ideale confine. In questa ottica, diventa legittimo esaminare assieme un Cujas completamente conquistato e quasi assordito dagli squilli di tromba post-umanistici e un Dumoulin che, malgrado la sua ideologia religiosa e politica, continua a mostrare nell'opera sua indiscusse nervature bartolistiche, un pratico portoghese — però culturalmente sensibilissimo — come Alvaro Vaz e il tedesco Johann Thomas Frey che fa vivere in sé orecchiamenti per la prassi e, insieme, per le metodologie umanistiche e per le sistemazioni logiche di Pietro Ramo. Neoterici vale qui figli autentici del secolo in cui operano e che quel secolo esprimono fedelmente; non vecchioni decrepiti che ripetono inconsapevolmente l'ideario e il vocabolario d'un passato remoto.

Si potrebbe pensare con faciloneria a una distruzione icastica e sprezzante della categoria del dominio utile, ma sarebbe una ipotesi non realistica. Anche di fronte a uno strumento tecnico dotato di tanti elementi di sgradevolezza ma ancora ben incardinato nella prassi, la riflessione di questi *homines novi* rivela una sorprendente complessità come complessa e composita è la loro compagnia. Ci saranno le condanne e le ripulse senza appello, ma più spesso — come si vedrà — assisteremo ad equilibrati tentativi di mediazione, dimostrando una volta di più questi neoterici cinquecenteschi il carattere non astratto di buona parte delle loro analisi, la loro attenzione per le situazioni nazionali, per la pratica quotidiana, il loro tentativo di scrivere sulla terra e non sulle nuvole le conquistate 'verità' filologiche.

2. Una condanna senza appello è quella di Cujas, che vede nella divisione del dominio in diretto e utile nulla più che un grossolano errore (1). La visione è manichea, giacché non si tratta di problemi interpretativi, ma piuttosto del discrimine netto che separa il falso dal vero; il dominio utile è collocabile appieno tra i fraintendimenti dei rozzissimi medievali. Rincara la dose e dà fondo a

(1) «Dominium etiam qui aliud directum, aliud utile faciunt, magno errore labuntur» (Jacques CUJAS, Observationum et emendationum [libri], lib. XI, cap. XXXV, in JACOBI CUJACII *Opera*, t. III, Neapoli, 1722).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutto il repertorio umanistico di acri invettive contro accursiani e bartolisti Marc Antoine Muret:

> «Non habeo nunc ad manum superiores illas tuas, in quibus nescio quid quaerebas de dominio directo et utili, cuius tamen totius quaestionis molestia facile liberare ipse te potes. Dominium directum et utile nusquam a iurisconsultis, nusquam ab Imperatoribus nominantur, sed commenta ac somnia sunt eorum, qui, obscurando et ineptiis suis contaminando iure civili, sibi se acuminis et eruditionis laudem quaesituros putarunt» (2).

Il raffinato editore di testi classici, l'innamorato esegeta di Cicerone e di Orazio, esprimendo una posizione rigidamente umanistica, rimprovera ai medievali non soltanto di avere farneticato, ma soprattutto di avere con le proprie farneticazioni contaminato la purezza dell'originario *ius civile*. I *commenta* sono già un ardimento rispetto all'insuperabile dettato degli antichi, ma divengono una insolente impudenza quando, con la pretesa di più complesse articolazioni, arrivano invece a deturpare le linee delle architetture classiche. E si sottolinea con cura il peccato di presunzione: il dominio utile è creatura basata sul nulla perché non v'è nessun frammento giurisprudenziale e nessuna costituzione imperiale che vi faccia riferimento.

Il punto messo in evidenza da Muret è un discorso ricorrente sulla bocca dei più puristi tra i neoterici; si rileva con forza il distacco della teorica del dominio diviso dall'universo concettuale espresso nel *Corpus iuris* e la si lega alle manipolazioni pasticciate degli accursiani (3) e alla prassi barbarica dei longobar-

---

(2) In una lettera datata: Tivoli, agosto del 1577 (Marc Antoine MURET, *Epistolarum* [*volumina duo*], in M. ANTONII MURETI..... *Orationes, epistolae et praefationes*, T. II, Roboreti, 1727, vol. II, epist. LII).

(3) [Jean FEU] *Repetitio* JOANNIS IGNEI *in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, n. 135, in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen sextum*, Lugduni, 1553 («nec sit aliqua lex, que dicat verbum de utili dominio in corpore Pandectarum»); François LE DOUAREN, *Disputationum anniversariarum liber primus*, cap. XVII - *De dominio quod directum et utile vulgo dicitur*, in FRANCISCI DUARENI *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti, 1592 («dominium vulgo partiuntur accursiani in directum et utile: quae verba ab ipsis conficta sunt, nec apud veteres usquam leguntur»); Hugues DONEAU, *Commentarii de iure civili*, lib. IX, cap. XIV, n. XXX, in HUGONIS DONELLI *Opera omnia...*, Lucae, 1763 («verbo [cioè il dominio utile]... iuris auctoribus incognito»); [Alvaro VAZ], ALVARI VALASCI *Tractatus de iure emphyteutico*, Cremonae, 1591, q. XIII, n. I («nullus est textus quem ego viderim de iure fforum qui huius dominii utilis emphyteutici mentionem fecerit»).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di (4). Ed emerge sempre la comparazione o — per dir meglio — la contrapposizione tra un apparato di regole dottrinali e legislative aventi un autentico valore normativo (5) e costituenti — per la loro approssimazione alla *veritas* — una insuperata epifania della *ratio iuris* (6), e le umanissime e fallacissime elucubrazioni di interpreti successivi; tra *iureconsulti* — i romani, creatori e custodi dello *ius* — e *interpretes* — i medievali, glossatori e commentatori, discutibilissimi confezionatori di fragili opinioni (7).

Ed emerge costantemente la dialettica manichea fra verità ed errore, che non è certo del solo Cujas (8). Ecco le ingiurie di Hermann Vultejus:

> «distinctio illa dominii directi et utilis iurisprudentiae sinceriori non est consentanea, sed promanavit illa ex fecibus posteriorum saeculorum» (9):

---

(4) Si legga il testo di Vultejus citato alla nota 9.

(5) Nel testo di Doneau citato alla nota 3 la antica *iurisprudentia* è *sic et simpliciter* identificata negli *iuris auctores*. Frequente è l'opposizione fra *iureconsulti* e *interpretes*, quasi che solo i primi — cioè i romani — avessero avuto, una volta per tutte, il privilegio di *condere ius*. Ma si vedano, più avanti nel testo, le testimonianze raccolte.

(6) Afferma eloquentemente Le Douaren, nel testo citato parzialmente alla nota 3, che gli interpreti medievali «duplex constituerunt dominium» contro la *ratio iuris* rappresentata dalla l. Si ut certo §. Si duobus, ff. comodati, cioè dal famoso frammento di Ulpiano (D. 13, 6, 5, 15), nel quale si fissa la degnità che non si può dare più di un dominio solidalmente sulla stessa cosa. Una regola, che è còlta come la lettura oggettiva del gran libro razionale della natura delle cose.

(7) Un esempio eloquentissimo è in Eguiner Baron (cfr. EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis* (1549), (in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. III) lib. IIII, cap. VII, p. 395).

(8) Un limpido testo è nel tedesco Johann von BORCHOLTEN (1535-1593). Cfr. IOANNIS BORCHOLTEN *In IV. libros Institutionum civilium. D. Iustiniani commentaria* (1590)..., Lugduni, 1661, lib. II, tit. I, §. XI - *Res singulorum*, n. 4: «quamvis interpretes vulgo dominium in directum et utile partiuntur, tamen illa divisio magno errore introducta est... et nullum est dominium directum, nullum utile»). Ma si tratta di convinzioni frequentemente espresse.

(9) HERMANNI VULTEJI *In Institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius*, (1598), Marpurgi, 1605, in lib. II, tit. I, pr., n. 24. Un testo formalmente simile — con in più la messa sotto accusa dei poveri Longobardi — è *ibidem*, tit. VI, n. 47: «non distinguo inter dominium directum et utile, quia nec lex distinguit, imo ne nota quidem est haec dominii distinctio iuri justinianeo, sed ex fecibus Longobardorum multo post tempora Justiniani in scholas introducta est».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

o l'invettiva parimente icastica ma più contenuta di Everhard van Bronchorst:

> «haec vocabula sunt interpretum et magistrorum iuris, non vero in ipso iure et legibus tradita extant. Ideoque... statuendum magis ex errore quam veritate legum hanc distinctionem a doctoribus introductam, quod aliud sit dominium directum, aliud utile» (10).

Di questa costruzione erronea e insicura, comunque inaffidabile (11), si scende a demolire le fondazioni tecniche e gli appigli normativi: si ribadisce che è indebito ed erroneo trasportare nel *dominium* una divisione fra utile e diretto che è propria unicamente delle azioni (12); si ribadisce, di fronte a una palingenesi classicistica del *dominium* riscoprente nel Cinquecento la sua unità e semplicità (13), quanto poco congeniale sia ad esso l'idea della divisibi-

---

(10) EVERARDI BRONCHORST... *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum sive EnantioΦanΩn et conciliationes earundem*, Hanoviae, 1610, assertio XXXVIII (p. 105) - *Nullum est dominium directum, nullum utile.* Le *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, pubblicate a Leyden nel 1602, sono in realtà la Va e la VIa delle *Centuriae* di Bronchorst (le prime *Centuriae duae* pubblicate a Leyden nel 1595, le *Centuriae IIIa et IVa* sempre a Leyden nel 1598). Cfr. R. FEENSTRA-C.J.D. WAAL, *Seventeenth-Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law - A Study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam/Oxford, North Holland Publ., 1975, p. 47.

(11) Insicura la qualifica il portoghese Pinhel: «nec ea differentia utilis et directi dominii satis tuta est» (AYRES PINHEL, *Commentaria ad Constitutiones C. de bonis maternis, ad l. I.C. de bonis maternis*, tertia pars, n. 38, in ARII PINELI *Omnia quae quidem hactenus extant opera*, Lugduni, 1576.

(12) Così il batavo-germano Hubert van Giffen (1534-1604) (cfr. HUBERTI GIPHANII *In quatuor libros Institutionum iuris civilis Iustiniani commentarius*, (1611) Argentorati, 1629, lib. II, tit. I, *ad §. Singulorum*: «dividitur autem vulgo in directum et utile, sed non recte. Nam his partibus in iure actiones dividuntur, dominium non item») e il tedesco Konrad Rittershausen, (1560-1613) (cfr. CUNRADI RITTERSHUSII... *Commentarius novus in quatuor libros Institutionum imperialium Divi Iustiniani* (1618)..., Argentorati, 1649, ad lib. II, tit. I — De rerum divisione, p. 152: «neque enim haec divisio in iure esse solet dominii sed actionum, quarum quaedam sunt directae, quae scilicet ex ipsis verbis legis nascuntur, quaedam utiles, quae ex mente et sententia ac interpretatione, item quae a praetore dantur....».

(13) La *simplicitas* è il grande attributo e il 'segreto' della proprietà moderna, che è una e semplice come il soggetto cui ormai si esempla e che ben può concretarsi in un *abuti re*, come si usa dire da parte di molti giuristi neoterici e non soltanto nella famigerata definizione hotmaniana di *dominium*. Per affermazioni limpide del nuovo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lità (14); a proposito dell'unico tenue riferimento del *Corpus iuris* invocato dagli interpreti, la l. Possessores, una tardissima costituzione di Teodosio e Valentiniano del 434 d.C. in cui si qualificano come domini gli enfiteuti (15), mentre da taluno si precisa con dispregio che si tratta di un «textus iuris novioris» troppo lontano dall'età aurea della *vera* creazione giuridica per essere attendibile (16), da altri vi si riconosce un abuso linguistico e quindi uno svarione (17), da altri ancora si rileva che la norma imperiale non riguarda la generalità degli enfiteuti ma afferma una situazione eccezionale dei concessionari dei soli fondi patrimoniali del principe, e non è pertanto — come *ius singulare* — suscettibile di interpretazione estensiva (18). V'è infine chi trasferisce tutta la questione su un più elevato piano filosofico, facendo ricorso ai raffinati strumenti della logica scolastica: le situazioni dell'enfiteuta, del vassallo, del superficiario sono filosoficamente identificabili in degli 'accidenti', i quali possono avere la capacità di operare delle diminuzioni nella sfera del *dominium* ma non di dividerlo in due specie. Il *dominium*, come 'ente', non è suscettibile di subire una trasformazione così sostanziale da parte di realtà qualitativamente inferiori (19).

---

carattere della *simplicitas* cfr. GIPHANII *In quatuor libros Institutionum*, cit., lib. II, tit. I, §. Singulorum: «recte dicitur dominium nostro iure esse uniusmodi et simplex, sive non dividi in species sed in partes», e BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105): «unum tantum et simplex est dominium».

(14) «divisione autem ei generi, quod dividunt, nullo modo conveniente» (DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXX).

(15) C. 11,62,12.

(16) Così il portoghese VAZ, *Tractatus de iure emphyteutico*, quaestio XIII, n. 1.

(17) Così LE DOUAREN, *Disputationes anniversariae*, cit., lib. I, cap. XVII («per abusionem hoc ius nonnunquam simpliciter dominium appellatur»).

(18) DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXIX; VAZ, *Tractatus de iure emphyteutico*, quaestio XIII, n. 1.

(19) «potest dici aliud esse plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidente, quia scilicet emphyteuta, vasallus, superficiarius tale ius habent, quo omnem usum et commoditatem rei percipiunt, sed propterea dominium in species duas, directum et utile, ab accidentibus dividi non potest, quia accidentia non constituunt diversas species» (BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum iuris controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Il discorso si ferma forse qui? Resta come una sorta di prosa lirica, una esercitazione dottissima e filologicamente ineccepibile, ma nulla piu? In taluno, come in Cujas, l'atteggiamento ludico — talora percorso anche da venature ideologiche — è assorbente (20), ma nei più il gusto filologico non si disgiunge mai dalla consapevolezza che la scienza giuridica è sapienza incarnata, si disegna — prima ancora che sulle pagine libresche — sulla pelle di uomini in carne ed ossa e su un concreto paesaggio sociale ed economico; quella loro sapienza erudita — che è pur vivissima — non si riduce ad astratta disquisizione, ma è costantemente sorretta da una tensione a incarnarsi, a diventare regola di vita quotidiana.

E un altro gusto si affaccia assolutamente ben precisato, frutto della stessa attitudine storicistica; quello del particolare, del nazionale, del locale, del consuetudinario; provocando talora incoerenze o addirittura antinomie ma dando vivezza a personaggi certamente non scoloriti.

Agli occhi di questi *speculatores* non poteva non esser chiara la contemplazione di una vita giuridica all'intorno, dove il tardo assetto feudale e, in genere, tutta l'organizzazione fondiaria con il pullulare di livelli, precarie, enfiteusi, locazioni e colonie perpetue e a lungo termine, concessioni atipiche *ad longum tempus*, mostrava una ridda di situazioni dalla realità intensa che i vecchi interpreti avevan sentito come *dominia utilia.* Più di due secoli prima, Jean Faure, attentissimo per temperamento suo alla prassi, aveva delineato nel vivacissimo commentario alle Istituzioni uno spregiudicato ma acceso affresco della realtà giuridica della Francia «ubi omnes terrae vel quasi sunt feudales vel alias pensionibus seu censibus affectae, ita quod possessores, quasi omnes, sunt utiles domini» (21), «ubi feuda venduntur invito domino et pignorantur» (22) contro tutte le regole garantistiche del vecchio diritto feudale. Nel Cinquecento, in Francia e in Germania, la situazione si è ancor più consolidata a favore

(20) Un esempio probante viene offerto nel saggio — pubblicato in questo stesso Quaderno — intitolato: 'Ideologia e tecnica in una definizione giuridica - La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas'.

(21) Ioannis Fabri ....*In Iustiniani Imp. Institutiones iuris civilis commentarii...*, Lugduni, 1593, in tit. de actionibus, §. Omnium actionum, n. 13.

(22) Ibidem, in tit. de actionibus, §. Item serviana, n. 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli utilisti, e i giureconsulti non possono velarsi lo sguardo ficcando la testa sotto la sabbia (23).

Il dominio utile è filologicamente una aberrazione, è tecnicamente una forzatura dell'armamentario romano, ma è creatura vivente nelle campagne di tutta Europa nel secolo decimosesto. Se il dominio utile viene verbalmente e formalmente respinto, si costruisce una figura mediana che non smentisca le premesse teoriche ma che dia immagine all'assetto vivente nella effettività giuridica. Le Douaren (24), Doneau (25), Bronchorst (26) parlano di uno *ius dominio proximum*, mentre Eguiner Baron (27) e Rittershau-

---

(23) Si veda quanto ne dice Nicolas Bohier (1469-1539), un pratico di altissimo rango e sensibile osservatore dell'esperienza giuridica francese (*Decisionum* NICOLAI BOERII *pars prima quae olim in Sacro Burdegalensium Senatu discussae.... fuerunt,* ...Venetiis, 1551, quaestio CLXXXI (arrestum del 5 agosto 1522), nn. 1 e 2; *Consuetudines infrascriptarum civitatum et provinciarum Galliae: Bituricensis* Nicolai BOERII, *Aurelianensis* Pyrry ENGLEBERMEI, *Turonensis* Ioan. SAISON *....commentariis singulae illustratae...*, Francofurti, 1575 — *Des coustumes des fiefz et cens*, §. 1 e 11). Ma si veda anche, più sotto, la testimonianza forte e chiara di Charles Dumoulin (cfr. p. 221).

(24) LE DOUAREN, *Disputationes anniversariae*, cit., lib. I, cap. XVII («sciendum est ius quoddam aliquando reperiri dominio proximum, quale est, exempli causa, ius emphyteuticum, propter quod datur actio in rem utilis, sicut directa ob verum dominium competit»).

(25) DONEAU, *Commentarii de iure civili*, cit., lib. IX, cap. XIV, n. XXX («fatendum est ius eius [cioè dell'enfiteuta] esse dominio proximum, et ipsum quasi dominum quendam fundi. Nec aliud interpretes puto sentire, cum huius dominium vocant utile...»).

(26) BRONCHORST, *Centuriae duae miscellanearum controversiarum*, cit., assertio XXXVIII (p. 105): «datur his [cioè all'enfiteuta, al superficiario, al vassallo] utilis in rem actio non respectu utilis dominii sed respectu effectus, quia scilicet habent ius proximum dominio, pro quo iure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet iure suo alioqui plane frustrentur et priventur».

(27) Afferma Baron a proposito della definizione giustinianea di usufrutto: «subiicit deinde Iustinianus, salva rerum substantia: res enim, quae dantur utentibus et fruentibus servari debent domino; conductor perpetuarius, qui emphyteuta dicitur, vectigalis, superficiarius, beneficiarius plus iuris in rebus alienis habent; nam quasi domini in rem agunt, non dico de iure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa» (EGUINARIUS BARO, *Institutionum su elementorum Iustiniani sacratissimi Principis libri IIII* (1546), in EGUINARII BARONIS *Opera omnia*, Lutetiae, 1562, t. II, lib. II, p. 96). Cfr. anche EGUINARIUS BARO, *Methodus ad Obertum Ortensium de beneficiis*, cit., lib. IIII, p. 395 («quod simpliciter dominium Iureconsulti vocant, interpretes directum dominium, et quod quasi dominium illi, hi utile dominium appellant»).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sen (28) preferiscono parlare di *quasi dominium*. Con questa precisazione: che si tratta di figure sostanzialmente dominative, le quali servono soltanto a salvar l'anima dei nostri elegantissimi giuristi (29).

Riprendiamo un momento in esame il testo di Baron, che è a proposito della definizione di usufrutto e della separazione concettuale tra usufruttuarii e, come lui dice, *quasi domini*:

> «Subiicit deinde Iustinianus: 'Salva rerum substantia'. Res enim, quae dantur utentibus et fruentibus, servari debent domino. Conductor perpetuarius, qui emphyteuta dicitur, vectigalis, superficiarius, beneficiarius plus iuris in rebus alienis habent. Nam quasi domini in rem agunt, non dico de iure separato, ut fructuarius in rem confessoria, sed de re ipsa» (30).

Il discorso del giurista corre su un sottilissimo e rischiosissimo filo di rasoio, tanto rischioso da diventare contraddittorio. La premessa è, infatti, che sia l'usufruttuario sia l'enfiteuta e i suoi consimili insistono *in rebus alienis*, con la doverosa integrazione che questi ultimi hanno *plus iuris*, una tale intensità di situazione giuridica sul bene da farli diventare dei quasi-proprietari. Ma *quasi dominium* è nozione ambigua e Baron sente di dover precisare ulteriomente, per ottenerne una differenziazione netta dell'ingombrante usufrutto: quest'ultimo non concerne la cosa nella sua struttura corporea ma soltanto una situazione giuridica da essa separata, lo *ius ususfructus*; quelli incidono sulla *res ipsa*; e la dimostrazione è tangibile sul

---

(28) CONRADI RITTERSHUSII *Partitiones iuris feudalis in duos libros tributae...*, Hanoviae, 1603, cap. II, p. 83 («vasallus est quasi dominus»).

(29) Va notato che questa accezione assai approssimativa e sfumata di *quasi-dominium* non ha nulla a che spartire con la nozione, assai più tecnica, che si era venuta chiarendo nel pensiero dei Commentatori, e cioè un *quasi-dominium* come situazione — concettualmente ben distinta dal *dominium* — di colui «qui emit a non domino quem credebat dominum», una situazione protetta specificamente non da una *rei vindicatio* o da una *actio confessoria* ma dalla *publiciana*. Su questa chiarificazione, che deve molto a Dino del Mugello e che si consolida dopo di lui, che coglie il *quasi-dominium* come figura distaccata ed autonoma sia dal *dominium* che dal *dominium utile*, cfr. P. GROSSI, *Dominia e servitutes (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), p. 356 ss. (il testo diniano sopra citato è a p. 358).

(30) È il testo, che abbiamo già citato alla nota 27 e che qui si riporta nuovamente per comodità espositiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piano processuale, dove quelli godono di *rei vindicationes utiles* e l'usufruttuario di una semplice *actio confessoria.*

Ma era questo il grande e definitivo argomento per cui i medievali avevano collocato l'usufrutto fuori della sfera dell'appartenenza e ben al didentro, invece, enfiteuta, superficiario e vassallo. Il ragionamento tecnico di Baron non si distanzia dalla linea interpretativa di accursiani e bartolisti, perché anche per lui l'enfiteuta, il superficiario e il vassallo sono sentiti in un rapporto immediato con la realtà fenomenica della *res* e sono sentiti in qualche modo assai compromessi con la sfera dominativa. Solo che egli una conclusione non si sente di trarre, come invece l'hanno tratta i ben più disinibiti medievali: ammettere che siamo di fronte a dei *dominia.* Una simile conclusione è per Baron troppo costosa per le sue premesse umanistiche. Tuttavia, è diverso solo il frutto formale: da una parte, un dominio corposo ma inferiore, sempre però dominio anche nei suoi attributi tecnici (31); dall'altra, una figura che è sostanzialmente identica ma che formalmente — in grazia di quel 'quasi' — non lo è e non rompe con la tradizione delle fonti antiche. Una pudica ma ipocrita foglia di fico per nascondere quella che sembra essere una vergogna troppo grossa da un punto di vista strettamente romanistico.

A una conclusione non dissimile ci porta anche il testo dell'olandese Everhard van Bronchorst ugualmente citato poco sopra. Riprendiamo pure questo in esame per guardarlo con la stessa consapevolezza critica:

> «datur his [cioè all'enfiteuta, al superficiario, al vassallo] utilis in rem actio non respectu utilis dominii sed respectu effectus, quia scilicet habent ius proximum dominio, pro quo iure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet iure suo alioqui plane frustrentur et priventur» (32).

---

(31) Come dimostra la conclusione, universalmente ammessa dai dottori del diritto comune classico, che il *dominus utilis* può costituire diritti reali limitati — per esempio, servitù prediali e personali — sul bene, potere che è vietato all'usufruttuario. Vedi quanto abbiamo avuto occasione di precisare in un saggio recentissimo: *Dominia e servitutes*, cit..

(32) È il testo, che abbiamo già citato alla nota 26 e che qui si riporta nuovamente per comodità espositiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La *rei vindicatio utilis* — insegna Bronchorst — viene data a quei concessionari di beni non perché siano *domini utiles* ma in relazione all'effettività della loro situazione sul bene. Anche questo era stato uno dei perni portanti del ragionamento dei medievali: poiché certi concessionari hanno una simile effettività, era parso — alla loro concezione effettualistica del diritto — logico ed opportuno riconoscere in capo ad essi un *dominium*, quello utile. E sempre i dottori ci hanno dichiarato che il dominio utile consisteva appunto nell'*effectus dominii* che diventa dominio, in un *dominium in effectu* (33).

Un simile discorso, come troppo grossolanamente economicistico, era stato respinto dagli *homines novi* cinquecenteschi, proprio all'inizio del secolo, per bocca di Jean Feu: il dominio era qualcosa di qualitativamente diverso dai suoi effetti pratici — per esempio, il godimento autonomo del bene — e pertanto concettualmente separato (34). La nuova antropologia umanistica, di cui Feu è il portavoce, comincia a cogliere il *dominium* partendo dal soggetto e non dalla cosa, comincia a vedere il *dominium* come una dimensione del soggetto e non più, qual'era presso i medievali, come uno statuto della cosa. Il dominio avrà certamente, inevitabilmente, degli effetti corposi, economicamente valutabili, significherà certamente anche godimento del bene, ma non starà qui la sua essenza, non sarà mai qui il suo significato più profondo.

Pertanto, inadeguatezza dell'effettività economica a trasformarsi in *dominium*; pertanto, rifiuto di arrivare a costruire un dominio partendo dagli effetti. Bronchorst continua ad usare l'argomentazione dei medievali con il condizionamento però che gli deriva dalla sua coscienza umanistica. Gli *effectus* sono rilevanti e costituiscono il presupposto del conferimento all'enfiteuta, al superficiario, al

---

(33) Abbiamo sviluppato questa problematica in un nostro vecchio corso di lezioni: P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968.

(34) «quicquid dicat ibi Glosa sine lege sine ratione quod dominium intelligatur de effectu dominii et quod nihil aliud est effectus dominii nisi dominium utile, quod hoc est falsum, quod utilitas dominii non semper consistit in fructibus sed etiam in multis aliis. Preterea si esset verum quod consisteret in fructibus, sequeretur quod usufructuarius esset utilis dominus, quod est falsum, cum usufructuarius non habeat dominium sed ius tantum» (Ioannis Ignei *Repetitio in l. Contractus, ff. de regulis iuris*, cit. n. 134).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vassallo della *rei vindicatio utilis*, ma arriveranno soltanto a disegnare una situazione sostanziale prossima al *dominium*, non già un dominio formale. Si ripete anche qui l'atteggiamento che abbiamo or ora sorpreso in Baron.

4. L'osservazione dell'esperienza giuridica come concretamente si svolge entro diverse realtà particolari nello spazio e nel tempo è fonte di ambiguità, aporie, contraddizioni nella pagina tormentata dei neoterici cinquecenteschi, ma è anche un indubbio salvataggio per il giurista: impedisce la separazione deviante fra teoria giuridica e tempo storico, anzi ne consente — anche se talvolta a fatica — un inserimento vivo.

L'occhiale degli umanisti appare spesso, infatti, messo a fuoco su un duplice oggetto: la conquista delle verità filologiche e insieme la accettazione della prassi, due piani che mal si sposano e che, il più delle volte, si contrastano fortemente. Da qui, come si accennava, il tormento d'una pagina, che può portare l'uomo di scienza fino a pagare il supremo tributo dell'incoerenza, ma che contribuisce non poco a storicizzare i personaggi. Il *quasi dominium* e lo *ius dominio proximum* elaborati dai maestri appena citati rappresentano, a nostro avviso, il tentativo, certamente non brillante sul piano dommatico, di non astrarre dalla prassi d'ogni giorno senza violare i canoni teorici fondamentali.

Talvolta il giurista accetta la prassi senza discuterla, anche se questa porta a un sovvertimento delle certezze teoriche e a conclusioni che sopravanzano di gran lunga le conquiste dei medievali. È il caso di Charles Dumoulin, un uomo di confine tra vecchio e nuovo, metodologicamente percorso da prevalenti venature bartolistiche, che non ha esitazione, nel suo imponente commento alla *Coutume* di Parigi, a far suo l'assetto consuetudinario della organizzazione economico-giuridica dell'intiera Francia (e non solo quella centro-settentrionale), secondo cui il feudatario, l'enfiteuta e il superficiario non sono soltanto dei *domini utiles* ma addirittura dei *proprietaires*, usurpando anche nel titolo un nome che la stessa tradizione medievale aveva sempre riserbato al padrone diretto; secondo cui, di converso, questi appare relegato in una sorta di nominale *dominium superioritatis*, tanto che «non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

et potestatis dominicae». Mette conto di riportare le parole stesse del giurista parigino in due testi di straordinaria franchezza espressiva:

> «Secundum communem nostrum modum loquendi aliter quam in iure scripto accipimus istud verbum proprietas, quia de iure proprietas strictius et dominium latius accipitur....Appellatione enim dominii venit omne dominium, sive directum sive utile sive feudale sive emphyteuticum vel superficiarium et etiam dominium iurium... sed proprietas non capitur nisi pro ipso directo dominio... nec ponitur pro utili dominio... Sed apud nos e converso, quia dominus directus non dicitur proprietarius nec habere proprietatem soli, sed solum dominium suum superius. Vassallus autem, censuarius vel emphyteuta dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei. Et hunc solum proprietarium vocamus. Et est ratio, quia dominium utile quandiu durat vincit directum eique praefertur... ad dominum utilem spectat immediata dispositio rei iure dominii. Ad dominum autem directum non spectat nisi mediate et remote. Imo non dicitur habere potestatem et administrationem ipsius rei, sed solum iuris sui directi et potestatis dominicae» (35);

> «Idiotismo nostro dominus directus, etiam quem proprie et stricte *Tresfoncier* vocamus, non dicitur proprietarius, sed vox proprietarii apud nos non solum in locis quae consuetudine, sed etiam quae iure scripto reguntur, pro ultimo domino dumtaxat sive pro possidente iure dominii etiam utilis tantum usurpatur...» (36).

È già la prassi francese che continuerà ininterrotta fino al decreto 15 marzo 1790 abolitivo del regime signoriale, ed è una prassi in cui non si tratta soltanto di dar cittadinanza al dominio utile, ma di capovolgere il gioco delle posizioni, con un *tresfoncier* che non è proprietario della cosa e che è ridotto alla proprietà della propria situazione giuridica, alla stessa stregua di un usufruttuario o di un semplice titolare di servitù prediale. L'importante per noi è che Dumoulin non si scandalizzi di un tale risultato, con estrema lucidità lo consideri in posizione dialettica con lo *ius scriptum* e ne prenda atto come del regime giuridico vigente in Francia nella prima metà del Cinquecento.

Qualche anno più tardi Jean Bodin, nella sua *Juris universi*

---

(35) CAROLI MOLINAEI *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, in C.M. *Opera quae extant omnia*, Parisiis, 1685, T.I, tit. I, *De fiefs*, in ver. *Les proprietaires et seigneurs*, col. 1181, nn. 1 e 2.

(36) CAROLI MOLINAEI *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., T.I, tit. II *De censive*, LXXVIII, glo. IIII in ver. *Seigneur censier ou foncier*, n. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distributio, mostrerà un atteggiamento non dissimile (37). Se vogliamo, è il primato della prassi, sono le ragioni dell'esperienza locale, viva, volgare consuetudinaria, che hanno la meglio sulle *elegantiae iuris*.

Sotto questo profilo le testimonianze di due giureconsulti appartenenti a diverse aree culturali, diversi per formazione e per collocazione professionale ma ambedue partecipi, sia pure in varia misura, della coinè umanistica, il portoghese Alvaro Vaz e il tedesco Konrad Rittershausen, sembrano emblematiche.

Vaz, il Valascus rispettosamente citato per tutto il tardo diritto comune, dedica molte argomentazioni, nel suo diffusissimo trattato sull'enfiteusi, per dimostrare che la situazione del concessionario non incarna un dominio utile (38). È lui che si premura di ribadire che è questa una costruzione ignota al *Corpus* giustinianeo e che l'appiglio alla l.Possessores è infondato trattandosi in questo caso unicamente di concessioni sui latifondi imperiali (39); egli, che ha

---

(37) «Dominii acceptio simplex ac pura Romano significat proprietatem: neque enim in Pandectis aut Codice, at ne in Authenticis quidem ullum verbum extat utilis aut directi dominii: sed ea verba ex usu feudorum manarunt in vulgus: deinde quibusdam visum est fundiarios dominos et censuales et fundiarissimos seu tresfonciers appellare, et horum quidam immediati, quidam intermedii, postremo loco sunt proprietarii, qui recta verborum interpretatione domini sunt : reliqui nihil aliud quam ius praediatorium seu vectigal seu servitutem habent, dominium non habent, quia duorum simul esse non potest» (*Juris universi distributio* autore Jo. Bodino, in Jean Bodin, *Oeuvres philosophiques*-texte établi par P. Mesnard (Corpus des philosophes français publ sous la dir. de R. Bayer -Auteurs modernes - T.V, 3), Paris, P.U.F., 1951, p. 77. Una edizione oggi più accessibile della *Juris distributio* è quella: Paris, P.U.F., 1985, con il commento di S. Goyard-Fabre (il testo bodiniano citato è qui a p. 52). È notabile constatare anche qui la forte dialettica fra diritto romano e realtà consuetudinaria francese del Cinquecento, la rilevazione della profonda distanza che separa ormai l'uno dall'altra e la tranquilla accettazione di una prassi così svincolata dalla tradizione culta romanistica. Bodin, come Molinaeus, può contare su una autonoma, originalissima e autorevolissima tradizione, una tradizione che la vince sull'altra. Sul *droit coutumier* come fonte non trascurabile di Bodin può essere di qualche utilità la raccolta di dati offerti da M. Reulos, *Les sources juridiques de Bodin: textes, auteurs, pratique*, in *Jean Bodin-Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München*, hrsg. von H. Denzen, München, Beck, 1973, pp. 189-90.

(38) Alvari Valasci *Tractatus de iure emphyteutico*, cit., quaestio XIII - *Quale dominium quaeratur ex emphyteutico contractu*. La prima edizione appare a Lisbona nel 1591.

(39) *Ibidem*, quaestio XIII, n. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così vivo il senso del diritto locale (40), tiene anche a precisare che è situazione analoga a quella offerta dall'esperienza portoghese a lui contemporanea dove esistono fondi chiamati nel linguaggio volgare *terras reguengas* «quae pleno iure sunt possessorum», fatto salvo il versamento del canone al Sovrano (41). Tutto farebbe pensare a una coerente conclusione di rifiuto dello schema del dominio utile, ma è vero esattamente il contrario. Ecco la inattesa motivazione:

> «Haec autem pro iunioribus tentavi, sed quia non soleo a receptis traditionibus facile deviare, uti receptissimam pono superiorem conclusionem, qua traditum est ex emphyteusi utile dominium emphyteutae acquiri» (42).

Si sbaglierebbe a credere che siamo semplicemente di fronte a una supina accettazione della *communis opinio* come per i tanti inerti epigoni cinquecenteschi del *mos italicus*. Valascus è certamente un pratico di altissimo rango oltre che professore a Coimbra (43) e certamente il suo *tractatus* ha una impostazione tradizionale, ma non gli si può disconoscere una robusta consapevolezza culturale e un indubbio atteggiamento critico, che non consentono una simile operazione riduttiva; la grande corrente umanistica, che ha avuto anche in Portogallo protagonisti degni di nota (44), arriva a compenetrare — per il tramite di una lettura attenta dei *recentiores* — anche lui. Nel quale convivono pure influenze bartolistiche e, soprattutto, in maniera determinante, una rilevantissima attenzione

---

(40) Non è privo di interesse notare che al 'Tractatus' Vaz prepone varii indici delle «leges tam regiae quam caesareae et canonicae» utilizzate nel volume e che quello «ex legibus Regni», cioè delle Ordinaçoẽs del Regno di Portogallo, è corposo al pari di quello «ex libris Digestorum»; segno di una attenzione affatto singolare per il diritto nazionale lusitano.

(41) Loc.ult.cit.

(42) *Ibidem*, quaestio XIII, n. 2.

(43) «fuit et antecessor primo iuris in Conimbrincensi Academia, Advocatus postea Curiae Supremae Olyssiponensis tandemque in ea Senator» (G.E. Frankenau, *Sacra Themidis Hispanae arcana*, Hannoverae, 1703, p. 189. Cfr. anche M.J. De Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 325, che parla di Vaz tra i casuístas.

(44) N.J. Espinosa Gomes Da Silva, *Humanismo e direito en Portugal no século XVI*, Lisboa, tip. E.N.P., 1964, passim ma soprattutto p. 344 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verso il diritto nazionale ormai consolidato da tempo in cospicue Ordinaçoẽs e verso le consuetudini locali (45).

Il personaggio bifronte fa la sua confessione nel testo succitato: la critica erosiva alle fondazioni del dominio utile è rivolta ai giovani giuristi, che più han prestato l'orecchio alla lezione di metodologia critica dei francesi; è fatta per strappare il loro consenso, il loro plauso. L'accettazione, invece, del vecchio schema operativo nasce dall'osservazione della prassi secolare rispettata in Portogallo e dalla conoscenza del diritto regio: «verum his omnibus hodie succurritur lege Regia» (46); il fatto che le Ordinaçoẽs lo presuppongano, ne parlino, lo applichino, gli dian grosso rilievo (47), è il definitivo argomento che impone cittadinanza al dominio utile anche nelle costruzioni scientifiche. La testimonianza valaschiana è indubbiamente incoerente, ma segnala la complessità del personaggio e la complessità del clima in cui si trovano ad operare i giureconsulti più sensibili nell'àmbito dei già virulenti Stati nazionali (48).

---

(45) Che è atteggiamento comune a buona parte della letteratura giuridica neoterica anche in Spagna, in Francia, in Germania. Nella premessa ai suoi *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae [tomi]*, Olyssipone, 1588, egli tiene a sottolineare lo scopo specifico della raccolta: «cum enim quae hactenus scripta sunt consulentium volumina non ad patriae nostrae mores ac praxim referantur et pleraque, quae in brevi sermone concludi poterant, sint in largissimas disputationes et pene infinitas allegationes ostentationis gratia dilatata, decrevi ego patrias questiones et in hoc Regno frequentiores commemorare ac quid ipse in illis responderim ex facto consultus referre quidve in illis praxis hodierna servet». Dove, accanto al grande rispetto per la *praxis* portoghese vigente, v'è un sentimento critico di viva insofferenza per la pletorica, involuta e sterile produzione dei giuristi contemporanei.

(46) *Tractatus de iure emphyteutico*, cit., quaestio XIII, n. 6, in fine, dove si fa cenno a una *lex regia* che risolve definitivamente, almeno in Portogallo, il problema secolare della validità di quel *libellum litis* in cui il *dominus utilis* si propone semplicemente come 'dominus vel proprietarius', e lo risolve a favore dell'utilista, per la piena validità del libello.

(47) Come è dimostrato dal caso menzionato nella nota precedente, dove il *dominus utilis* è considerato *sic et simpliciter* 'dominus'.

(48) Un esempio ce lo dà in Spagna il giurista cinquecentesco Juan Ibañez Parladorio, che trova decisivo a favore dell'accoglimento dello schema e del termine del dominio utile la sua recezione nel diritto nazionale: «non invitus hanc utilis et directi dominii differentiam probaverim, praesertim cum iure Regio eam receptam esse videamus» (IOANNIS YAÑEZ PARLADORII... *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia et questiones practicae forenses duodeviginti* (1579), Amstelaedami, 1688, differentia XXVIII -

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

All'insegna di una sostanziale incoerenza, che diventa quasi schizofrenia del personaggio, è la lezione di Rittershausen, che non è soltanto — come Vaz — lambito dai flussi neoterici ma ne è intimamente pervaso a causa degli studi da lui condotti a Helmstädt sotto Borcholten e in Altdorf e Ingolstadt sotto van Giffen (49). Ascoltiamolo:

> «Non satis convenienter iuri civili et mori loquendi elegantioribus iurisconsultis recepto dicitur dominium aliud utile, aliud directum, ut docuit Duarenus... Neque enim duo in solidum eiusdem rei domini esse possunt.... Et vero illa distinctio propria est actionum, quarum aliae sunt directae, aliae utiles... In foro quidem certe et in communi usu loquendi nihil crebrius audias quam dominium directum, dominium utile, dominus utilis et dominus directus. Suaserim autem, ut hic quoque (quod saepe alias faciendum) sentias cum paucis, loquare cum multis, alioquin odiosus atque invisus eris omnibus, si verborum pugnam excitare velis, cum de re ipsa constat; verba nam valent usu ut nummi et vim omnem ab impositione hominum sortiuntur» (50).

Poco prima aveva definito il feudatario:

> «Vasallus est quasi dominus sive (ut vulgo loquuntur) habet utile dominium, directo remanente penes seniorem» (51).

Il conflitto è tra la raffinata consapevolezza di quanto si pretenderebbe in nome della *elegantia iuris* e la convinzione dell'esistenza d'un costume diffusissimo e radicatissimo anche se riprovevole. Prevale il modello culto sulla prassi grossolana? La soluzione è invece mediana o, se vogliamo, nicodemistica. Anche se trapassare dall'*actio utilis* al *dominium utile* è sicuramente scorretto sotto il profilo tecnico-romanistico, non è infondato percepire il vassallo come titolare d'una posizione sostanzialmente dominativa, perché è stato (ed è nel Cinquecento tedesco) il risultato d'una pratica plurisecolare fondata nell'uso e consolidata nei tribunali. Se sulla *res ipsa* si concorda, si può allora avere qualche indulgenza verbale per

---

Inter dominium directum et utile, quasi dominium et inter reivindicationem et publicianam, n. 4.

(49) R. Stintzing, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, I, München-/Leipzig, Oldenbourg, 1880 (rist. anast. Aalen, 1957) p. 414, che sottolinea l'operosità di Rittershausen anche come editore di fonti classiche (p. 416 ss.).

(50) Conradi Rittershusii *Partitiones iuris feudalis*, cit., pp. 96-97.

(51) *Ibidem*, p. 83.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non esiliarsi troppo dal ceto dei giuristi, e si può pagare lo scotto di usare anche l'erronea terminologia diffusa parlando — come nel secondo testo — di «quasi dominium sive utile dominium».

Si tratta di un sacrificio grosso, perché sancisce una incoerenza tra convinzione tecnica ed espressione verbale, tra sentimento del vero riserbato a pochi giuristi eletti («sentias cum paucis») e linguaggio quotidiano noto ed accetto a tutti («loquare cum multis»), ma è un sacrificio che proprio la attenzione (e non il dispregio) verso la prassi rende sostenibile. Nicodemismo, forse, ma anche e soprattutto visione realistica del lavoro del giurista nel tessuto sociale.

5. Fin qui, disagi, incoerenze, mediazioni tra consapevolezza teorica ed esigenze della effettività quotidiana, ma vi sono anche atteggiamenti meno sofferti.

Un personaggio come Zasius, uomo di frontiera tra vecchio e nuovo, non ha dubbi nell'accogliere pienamente quanto il suo occhio di osservatore sensibile della esperienza socio-giuridica gli permetteva di percepire nelle campagne intorno alla sua Freiburg; solo che sposando armonicamente alla sensibilità per l'effettivo-quotidiano una pari sensibilità culturale, il dominio diretto e il dominio utile sono sorpresi, in un momento in cui ricomincia a circolare la recuperata idea della unitarietà della proprietà, come dei *gradus in dominio*. Altra volta ci siamo diffusi sulla singolarissima ed eloquentissima analisi e ricostruzione di Zasius; limitandoci a questo accenno, non possiamo che rinviare a quella precedente ricerca (52) il lettore che volesse saperne di più.

Venata insieme di sensibilità e di impassibilità ma niente affatto tormentata nelle sue scelte è anche la testimonianza di un maestro che si situa nei primi ambulacri degli itinerari neoterici, e anche lui uomo di spartiacque, Andrea Alciato. Nei *Parerga*, opera della compiuta maturità del maestro milanese (53), il capitolo dedicato a

---

(52) Cfr. P. GROSSI, *'Gradus in dominio' (Zasius e la teorica del dominio diviso)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), p. 373 ss.

(53) Dei *Parerga* i primi tre libri appaiono a Basilea nel 1538 e risalgono agli anni del primo insegnamento pavese di Alciato (1533-37) (cfr. R. ABBONDANZA, *Alciato, Andrea*, in *Dizionario biografico degli italiani*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 73; ID., *La vie*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spiegare «dominium in iure quot modis accipiatur», fra dottissime citazioni di autori greci e latini, continua a recare indiscusso l'insegnamento bartoliano:

> «Dominium — inquit Bartolus — est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi legis vel testatoris adsit prohibitio. Aliud autem est directum, aliud utile, quale est quod emphyteuta vel perpetuarius cliens habet. Sed praeter hanc distinctionem iure etiam alias species invenire est...» (54),

dove il genere *dominium* è senza alcun problema scisso nelle due *species* consuete della vecchia e tralatizia sistematica.

Ugualmente riposata e certa nelle conclusioni, ugualmente dominata dall'ombra incombente di Bartolo, ma sorretta da un argomentare non privo di segni nuovi è la pagina dell'ampio commento al titolo 'de acquirenda vel amittenda possessione' del Digesto (55):

> «Sed quotuplex dicemus esse dominium? Et Bartolus receptiore sententia tradidit duplex esse. Aliud enim directum, aliud utile appellari [l. Possessores, fi.C. de fundis patrimonialibus, lib. XI]. At alii unicum duntaxat dominium esse dixerunt, cuius pars sit illud quod utile dicitur. Imminuit enim alterius utilitatem. Quae controversia magis verborum quam effectus est. Est ergo dominium directum plenarium, quotiescumque nullus alius in ea re ius habet. Etenim dicitur res pleno iure ad nos spectare, quae nulla ex parte imminuta est. Sane imminuitur id dominium quandoque maximum in modum, ut cum alius non tantum possedit rem ipsam, sed etiam longissimo tempore praescripsit, quo casu omnis eius effectus legis autoritate evanescit .... Imminuitur etiam, sed minus quoties alius in ipsa re ius utile praetendit, ut quia res in vectigal seu emphyteusin sit data vel in clientelarem fiduciam vel etiam alius in ea superficiarius sit constitutus. Idem si ad longum tempus existat conductor... Et haec quidem de dominio directo satis: quibus consequens est ut etiam cognosci varia utilis dominii natura possit. Aliud enim est quod directo adversatur..., quod et verum dominium appellari potest

---

et les oeuvres d'André Alciat, in *Pédagogues et juristes-Congrès du Centre d'Etudes Supérieures de la Renaissance de Tours-Eté 1960*, Paris, Vrin, 1963, p. 103).

(54) ANDREAE ALCIATI..... ΠΑΡΕΡΓΩΝ juris libri tres..., Lugduni, 1538, lib. II, cap. XV.

(55) *Commentaria in aliquot titulos et leges Digesti Novi-ad l.XV, Rem quae nobis, §. Differentia, ff. de acquirenda et amittenda possessione*, in ANDREAE ALCIATI....*Lucubrationum in ius civile et pontificium tomus VI*..., Basileae, 1571. Anche se Alciato suggerisce una sua (e poco puntuale, e certamente non nuova) definizione di *dominium* («ius atque auctoritas in re nostra vendicationem nobis aliosque effectus pariens») (n. 6), la definizione bartoliana continua a farla da padrone (n. 7) con la sola insinuazione di un dubbio — fondato su ragioni testuali — a proposito della possibilità teorica di un *dominium rerum incorporalium* (nn. 9 e 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diciturque is qui praescriptione tutus est, pleno iure dominus esse. Potest et proprietarius appellari... Aliud est quod directum agnoscit illique subiicitur, quale est emphyteutae, clientis et similium, et tales quoque (ut ego sentio) possunt recte proprietarii vocari, quia lex dicit habere eos possessionis proprietatem [l. Locorum, C. de omni agro deserto] ideoque perpetuarii appellantur, quia ius perpetuum habent...» (56).

Chi ha appena un po' di familiarità con le pagine di glossatori e commentatori, avverte con precisione che vecchie sono sia la sistemazione sia l'argomentazione tecnica: il consueto riferimento testuale alla l. Possessores per fondare i due dominii, l'utile e il diretto; varii dominii utili — quello che avversa il diretto, com'è nel caso della prescrizione, quello che al diretto risulta sottomesso, com'è nel caso dell'enfiteuta e del vassallo; si recepisce perfino quell'opinione comune, spesso e violentemente combattuta, secondo la quale in seguito alla prescrizione si acquisisce il solo dominio utile.

Accanto, alcuni segni che denunciano una visione, al tempo stesso, spregiudicata e sensibile alle nuove istanze.

In primo luogo, quel relegare tra le dispute nominalistiche la vecchia controversia se il *dominium* sia unico o plurimo, risolvere la relazione dominio diretto/dominio utile come un'erosione (*imminutio*) all'interno di un *dominium* sentito abbastanza unitariamente. Le più o meno pesanti *imminutiones*, di cui parla Alciato, ricordano i *gradus in dominio* inventati da Zasius. La categoria del dominio utile non è discussa, è accettata, ma è sentita — da questi *homines novi* in bilico tra passato e futuro — in costante dialettica con una nozione di proprietà che tende a essere unitaria; è accettata ma anche un pò deformata rispetto alle enunciazioni limpide e nette della originaria teorica del dominio diviso.

In secondo luogo, la tranquilla convinzione che enfiteuta, vassallo e superficiario siano *proprietarii*, assegnando loro un titolo che il diritto comune classico aveva riserbato al solo dominio diretto. L'appiglio testuale è nella tarda costituzione di Arcadio ed Onorio dove la terminologia ormai involgarita segnala figure vaghe e grezze di situazioni reali che nulla hanno più a spartire con i disegni a inchiostro di China della giurisprudenza classica, ma inevitabilmente il proprietario alciateo ricorda il *propriétaire* di Dumoulin. Ha

(56) *Ad l.XV, Rem quae nobis, §. Differentia*, cit., nn. 10-11-12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

portato qualcosa alla consapevolezza di Alciato la sua lunga frequentazione in terra di Francia — ad Avignone, a Bourges — dove ormai, lo sappiamo bene, enfiteuti, vassalli e superficiarii sono, nel Cinquecento, dei *propriétaires*?

L'accettazione non problematica del dominio utile è tuttavia circostanza abbastanza diffusa fra i neoterici, soprattutto in area germanica dove più tenaci sono le resistenze delle radici bartolistiche: così nell'allievo di Zasius, Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588) (57), così in Johann Schneidewin (1519-1568) (58), così nel fiammingo Matthaeus Wesenbeck (1531-1586) (59), tutti per-

(57) IOACHIMI MYNSINGERI A FRUNDECK... *In quatuor libros Institutionum iuris civilis scholia* (1555), Venetiis, lib. 1590, II, in rubr. De rerum divisione, nn. 15-16 («dominium partes habet duas, scilicet usumfructum et proprietatem, species item duas, directum dominium et utile. Directum est sine fructu, cum spe tamen consolidationis, quale est quod habet dominus feudi emphyteusi soli. Utile dicitur, quod cum fructu est, quale habet vasallus, emphyteuta, superficiarius. Bartolus utile dominium subdividit....»). Cfr. anche IOACHIMI MYNSINGERI A FRUNDECK... *Singularium observationum Imperialis Camerae centuriae VI*, Lipsiae, 1591, centuria VI, observatio C, n. 13 (p. 651).

(58) JOANNIS SCHNEIDEWINI... *In quatuor Institutionum Imperialium D. Iustiniani libros commentaria* (1573), Lugduni, 1681, lib. II - De rerum divisione, §. Singulorum — *Quotuplex est dominium?*, nn. 4 e 5: «Bartolus et communiter Doctores... duas species dominii esse tradunt, ita quod dominium aliud sit directum seu superius, aliud utile seu inferius per textum in Auth. Si vero dominus, iuncta glossa I. et glossa in verbo Principalis, C. de haeret. et per textum in l. Possessores, 12, C. de fundis patrimonialibus, lib. 11, in fine, ubi emphyteuta dicitur dominus et tamen constat alium esse dominum, illum scilicet cui solvitur census l. 3, in fin, ff. si ager vectigalis vel emphyteuticarius. Ergo necesse est eos esse dominos diversa specie dominii, quia una et eadem specie dominii duo in solidum non possunt esse domini... Directum dicitur quod habet dominus superior in rebus feudalibus et emphyteuticis, et est sine fructu, cum spe tamen consolidationis: ideo interim civilem possessionem feudi dominus in animo retinet. Utile vero dicitur quod habet vasallus et emphyteuta in bonis feudalibus et emphyteuticis, et hoc dominium est cum fructu, et vasallus naturalem habet possessionem feudi. Et utile dominium subdividitur per Bartolum...». Si noti l'apparato testuale, che è totalmente quello della vecchia *iurisprudentia* medievale, dalla autentica federiciana Si vero dominus alla l. Possessores, ivi compresa la famigerata l. Agri civitatum del titolo 'si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur' del Digesto, che gli umanisti conclamano — e non a torto, da uno strettissimo punto di vista esegetico — fraintesa dagli accursiani. Johann Schneidewin, allievo di Kling, docente a Wittenberg, «als Beisitzer des Hofgerichts, Consulent und kurfürstlicher Rath war er gleich seinen Collegen mit praktischen Geschäften überladen», come ben dice Stintzing (Cfr. STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, cit., I, p. 309).

(59) MATTHAEI WESENBECII *In Pandectas iuris civilis et Codicis Justiniani libros*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sonaggi assai compromessi con la pratica giuridica e tutti personaggi culturalmente di mediazione.

La divisione del dominio nei suoi termini tradizionali è anche al centro della sistemazione logicizzante di Johann Thomas Frey (Freigius) (1543-1583), e ciò può sorprendere non poco chi pensa all'allievo di Pietro Ramo, all'umanista filologicamente e filosoficamente assai nutrito, che voleva attingere direttamente — senza le mediazioni dei Commentatori — anche alle fonti originali e originarie del diritto romano (60). Ma Frey è un personaggio complesso, come lo sono un po' tutti questi sensibilissimi giuristi che avvertono intensamente di vivere su una terra di confine, lambita ancora dal passato anche se felicemente proiettata nel futuro; è personaggio complesso anche per quella congiunzione inscindibile fra teoria e pratica, che è croce e privilegio dell'atteggiamento neoterico.

Una siffatta congiunzione è in Frey particolarmente marcata. Non dimentichiamoci che sotto una medesima insegna metodologica debbono collocarsi le due opere del Nostro che più potrebbero apparire distanziate per formazione e concezione, le *Partitiones iuris utriusque*, una limpida sistemazione dell'ordine giuridico disegnata in una nuova sintetica esposizione grafica (61), e la *Neüwe Practica Juris*, una sorta di 'manuale' in volgare rivolto a cogliere il senso della prassi tedesca contemporanea (62); e l'insegna è precisamente quella degnità che Frey esprime bene nella *Vorred* alla *Neüwe Practica Juris*: «die Practick auff die Theorik und inwider die Theorik auff die Practick gehn soll» (63).

---

commentarii olim Paratitla dicti (1565), Francofurti, 1619, lib. XLI — De acquirendo rerum dominio, titulus I, n. 4: «Dominii species, etsi plures sunt, tamen usitate ita dividimus, ut aliud sit plenum et absolutum, aliud minus plenum.... atque hoc aliud directum, aliud utile. Nam cum utilitas dominii in fructu rei sit, qui hunc percipit iure suo plenum habere dominium dicitur, qui eo caret cum spe tamen aliquando adipiscendi ex iure suo, directum cuiusmodi est penes dominum feudi et emphyteuseos. Cui vero utilitates rei obveniunt, non omnino iure proprio sed quod aliunde dependeat, huius utile dominium esse dicimus, cuiusmodi habent vasallus, emphyteuta, superficiarius...».

(60) A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 77.

(61) IOAN. THOMAE FREIGII *Partitiones iuris utriusque*, Basileae, 1571.

(62) IO. TH FREY, *Neüwe Practica Iuris und Formulen oder Concepten*, Basel, 1574. Approfitto per ringraziare sinceramente l'amico Aldo Mazzacane per avermi fatto avere — con squisita cortesia — la fotocopia in suo possesso di questo raro volume.

(63) *Neüwe Practica Iuris*, cit., f. II.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ebbene, si legga la dedica a Wolfgang Streith che Frey premette alle *Partitiones* e sarà immediatamente fugata l'idea che quest'opera possa essere un'avventura meramente astratta sulla scorta delle dottrine ramiste: concerne «omnes iuris studiosos», cioè «omnes professores» ma anche «omnes iudices» ed ha una finalità complessa «ad discendum, docendum, iudicandum»; in essa v'è una rivisitazione di tutto il patrimonio dottrinale degli antichi, dei medievali e dei *recentiores* non solo alla luce della pura razionalità, ma anche della realtà usuale con la quale sempre si deve misurare la *iurisprudentia* (64). Si legga anche la *Vorred* della *Neüwe Practica*, che non è soltanto un ammasso di formule utili, ma, poiché Freigius non ha dubbi nel rispondere positivamente alla domanda «ob ein jurist auch ein Logicus sein könne oder solle» e nel rispondere sottolineando come dovere culturale questa dimensione logica del giurista, è anche una teoria con inabdicabile valore formativo (65).

Sempre, insomma, sorregge l'analisi di Frey la convinzione che il diritto è, insieme, intelaiatura logica ordinante, e, in quanto tale, è ordinamento di uomini e cose viventi nel tempo e nello spazio, e che ha nella prassi un terreno ineliminabile di verifica, «das einem juristen nicht allein in Büchern zů ligen, sonder auch der Weltlauff und tägliche übung zů bedencken sein will» (66), come si esprime nella stessa puntualissima *Vorred* alla *Neüwe Practica*. Se v'è un pensiero alieno a Frey, è che il giurista sia uomo di libri e che libresca possa essere la sua cultura; la sua cultura, invece, pena l'isterilimento e l'inanizione, dovrà sempre misurarsi con il *Weltlauff* e con la *tägliche übung*. Per questo, il suo messaggio è complesso; per questo, accanto all'umanistico desiderio di poter arrivare alla purezza del diritto romano come lo vollero e lo strutturarono gli antichi pensatori e legislatori, può convivere lo studio di quel

(64) «In his partitionibus iuris disciplina non tantum e veterum I.C. libris deprompta, sed etiam ex Doctorum recentium commentariis excerpta, et Ciceronis vel Crassi methodo in primis conformata ita est, ut quicquid vel Civilis vel Canonici iuris arculae, quicquid fere Bartoli et aliorum Doctorum commentarii utile complectuntur, hic non solum via et ratione descriptum sit, sed usu etiam iurisprudentiae magistro demonstratum et illustratum».

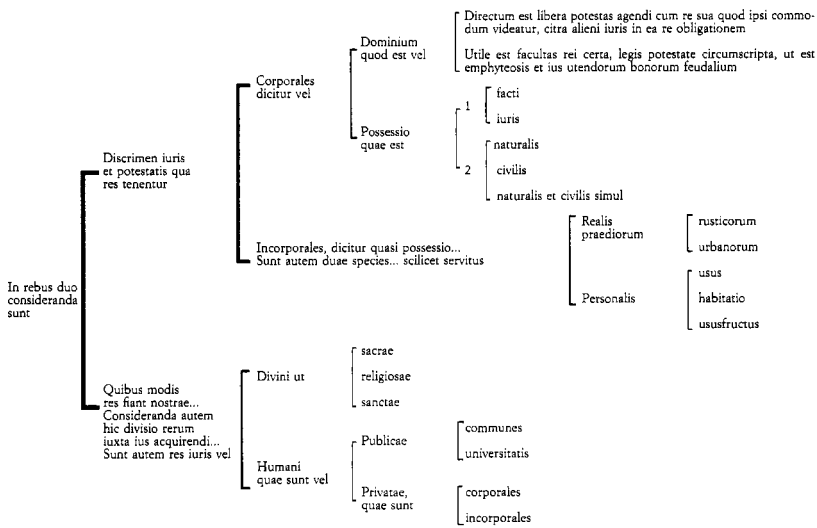
(65) Il testo della *Vorred* è opportunamente sottolineato da MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, cit., p. 76. Il testo è nel f. III.

(66) *Neüwe Practica iuris*, cit., f. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bartolo o di quell'Accursio che circolano ancora con successo nel foro; per questo la dottrina del dominio divisio, schema operativo universalmente praticato nella *tägliche übung* tedesca intorno a Frey, può e deve stare al centro della sistemazione giuridica del reale.

Diamogli uno sguardo nel grafico che egli stesso confeziona e inserisce nelle *Partitiones* (67):



I due *dominia*, sia l'utile che il diretto, in quanto *dominia*, attengono alla sostanza fenomenica della *res* e non hanno nulla da spartire con le servitù reali e personali, che appartengono all'universo distinto e minore delle *res incorporales*, degli *iura*, separati dalla sostanza fenomenica di un bene e attinenti alle sue sole qualità esterne. Il grafico freigiano, nella sua efficacissima schematizzazione visiva, ha il merito di disegnarlo con forza: il discrimine concettuale è essenziale; *dominium utile* e *servitus* appartengono ad universi opposti, anche se nell'apparenza un'enfiteusi (o un feudo) può sembrare onere reale sul bene al pari d'una qualsiasi servitù; la prima è dominio, la seconda no.

(67) *Partitiones iuris utriusque*, cit., p. 10 recto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Quanto alle definizioni dei due *dominia*, non crediamo che si possa trarre alcuna conseguenza dall'uso diversificato di termini quali *facultas* e *potestas*. Come attestano i lessici giuridici contemporanei a Frey, *facultas* vale *potestas* nel vocabolario tecnico, può soltanto significare «facilis potestas» (68). Una caratterizzazione umanistica potrebbe — se mai — reperirsi nella accentuazione della *libertas* del potere per il padrone diretto e nella sua limitatezza per il padrone utile, anche se è facile constatare che la libertà del primo è teorica, limitata di fatto dagli *aliena iura in ea re* che possono riuscire anche pesantissimi, e che il potere definito, sempre definito, del secondo può, di fatto, rappresentare la sostanza economica del bene.

Un tributo sicuramente umanistico Frey lo paga quando, in altra sua opera, i *Paratitla*, l'operazione dei glossatori intorno alla divisione del dominio in utile e diretto è paragonata alla distinzione antica fra dominio quiritario e bonitario, di cui è traccia nella Parafrasi di Teofilo alle Istituzioni. Quasi una giustificazione culta, *prima facie* suadente, della imbarazzante teorica del dominio diviso (69).

6. L'ultimo accenno, che si legge nei *Paratitla* di Freigius, contiene qualcosa di più che una semplice accettazione del dominio diviso e di un dominio utile; ne contiene infatti un tentativo di giustificazione ed apre un capitolo ulteriore di questa nostra ricerca. L'ultimo, ma senza dubbio non il meno rilevante: è infatti — sotto il profilo culturale — di non poco interesse seguire una nutrita schiera di neoterici, che si spinge fino ad assumere un atteggiamento positivo di fronte alla vituperata categoria medievale e a darne conto con argomentazioni fondate sia su un piano 'politico' che su quello più specificamente tecnico-giuridico.

---

(68) Jacob SPIEGEL, *Lexicon iuris civilis*, Lugduni, 1545, ad vocem 'facultas'.

(69) IOAN. THOMAE FREIGII *Paratitla seu synopsis Pandectarum iuris civilis* ..., Basileae, 1583, ad lib. VI, ad tit. III - Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur. p. 213, dove parla dei 'praedia provincialia' la cui sola *possessio* spettava ai provinciali ma non la *proprietas*: «unde duplex dominium introductum est, quiritarium et bonitarium, ut Theophilus appellat; Accursiani vocant illud directum, in quo proprietas est, hoc utile, in quo est ius utendi fruendi». Il riferimento a Teofilo concerne un testo specifico in cui il maestro bizantino segna la distinzione con straordinaria nettezza, e cioè: *Paraphrasis*, 1, 5, 10-15, p. 25 (ed. Ferrini).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La prima grossa argomentazione che affiora è quella che potremmo chiamare ontologica: si può discettare all'infinito sulla inesistenza nel *Corpus iuris* della terminologia usata dagli accursiani e si può anche storcere il naso sugli appigli esegetici escogitati per dargli una base, ma il dominio diretto e il dominio utile sono dei protagonisti della vita giuridica del Cinquecento; e lo sono, anche se si riesce a dimostrare artificioso e inattendibile il castello di legami con le *actiones utiles* su cui i medievali hanno tanto insistito. I due dominii sono infatti validi «de per se», perché sono scritti nella natura delle cose sociali ed economiche.

È Dumoulin, il quale, dopo avere avuto il coraggio di urlare ai dotti di tutta Europa che in Francia il vassallo è *propriétaire*, rompe gli indugi ed entra in sostanziale polemica con gli schifiltosi giureconsulti contemporanei:

> «Fateor in iure nullum esse textum, in quo dominium vocetur directum vel utile, sed sunt verba magistralia quae non reprobo, sed laudo, quia sunt de mente iuris et ad methodicam doctrinam necessaria, non solum in consequentiam actionis directae et utilis, quae frequens est in iure,.... sed etiam de per se, ut unico verbulo absque taediosa et molesta periphrasi, significare possimus quando de utili tantum et non de directo dominio loquimur» (70).

Il gioco delle parti qui appare invertito, e il dominio utile lascia la posizione di imputato per sentirsi apostrofato da un espresso e incondizionato elogio. Non solo: ma sono gli stessi bartolisti a veder valutata in modo completamente invertito la loro opera: anche se non hanno rispettato il lessico dell'antico sistema giuridico, ne hanno rispettato la *mens*. Di più: hanno elaborato uno schema che costituisce un affinamento della conoscenza giuridica addirittura sul piano metodologico.

Dumoulin, cioè, rivaluta la categoria del dominio utile proprio su quel piano della razionalizzazione del sistema giuridico, che è la finalità più sentita dai culti e anche la più sbandierata rispetto all'alluvionale e irrazionale pseudo-sistema dei medievali. La categoria eccelle per il suo carattere ordinativo, per la sua capacità di

(70) Caroli Molinaei *In duos priores titulos Consuetudinis Parisiensis commentarii*, cit., t. I, tit. II, *De censive*, §. LXXVIII, glo. IIII, in ver. Seigneur censier ou foncier, n. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mettere un po' d'ordine nel caotico mondo medievale e post-medievale dei diritti reali. Interessa poco a Dumoulin il trapasso *actio utilis/dominium utile*. Quell'*unicum verbulum* inventato dai dottori ha compiuto il miracolo di mettere ordine dove prima non c'era, ha dato un volto e un nome a situazioni prima tecnicamente sfumate e ambigue. Ai Dottori il merito di aver letto la realtà economica, di avervi scorto questa tensione a moltiplicare le figure dell'appartenenza e a trasportare in essa tante posizioni di effettività sul bene. Se non fossero approdati al dominio utile, avrebbero mancato al loro cómpito primario, non avrebbero corrisposto all'attesa della società e della cultura medievali.

Dumoulin è indagatore coraggioso, come anche meglio dimostrano certi suoi interventi su temi scottantissimi quali il valore della moneta o il divieto dell'usura (71), ed è personalità vivace e riottosa, incline alle affermazioni solitarie e scomode, ma il succo dei suoi argomenti lo si ritrova pressoché identico anche nella pagina di un più modesto giurista francese, che scrive nella metà del Cinquecento e che pur sente profondamente il fascino delle correnti umanistiche, Pierre Cousteau:

> «Quia autem de dominio directo et utili mentionem fecimus, admonendi sumus illa vocabula esse vocabula magistrorum, non iuris, sed tamen ex re ipsa nata sunt. Nam est dominium directum quod et proprietas dicitur; novo autem iure [in Auth. Si vero dominus, C. de haereticis] et fere moribus omnium dominium principale et dominium superius nuncupatur, quod solet habere is qui plenus vel superior dominus est, pro quo et directa actio in rem accommodari solet. Est et aliud dominium inferius, puta cum proprietas penes alium est, ut in eo qui habet a domino fundum in emphyteusim... vel qui ad longum tempus conductum tenet, vel qui habet ex concessione feudi. Et hi non absurde utiles domini appellati sunt, quod eis utilis actio soleat applicari» (72).

Ex re ipsa nata sunt. Anche qui, come in Molinaeus, è il carattere non artificioso della invenzione dei maestri di diritto, che emerge

---

(71) Cfr. J.L. Thireau, *Charles Du Moulin (1500-1566) - Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980, p. 348 ss.

(72) Petri Costalii... *Ad XXV. libros priores Pandectarum Iustiniani Imperatoris adversaria* (1554) ..., Coloniae, 1597, in tit. Si ager vectigalis, id est emphyteutic. petatur. Il fascino delle correnti umanistiche Pierre Cousteau lo aveva soprattutto dimostrato in una singolare rivisitazione della storia antica: *Pegma cum narrationibus philosophicis* (1555).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

limpidamente. Essa è scritta nelle cose, è confermata dalla recezione nella prassi consuetudinaria universale e nel nuovo diritto imperiale; insomma una costruzione ben lontana da quell'assurdità sotto la cui insegna i neoterici puristi avevano cercato di collocarla con critica feroce (73).

Sulla sua funzionalità saranno in molti a pronunziarsi: mentre un giurista assai coinvolto nella pratica, Louis Charondas Le Caron, confessa che «elle ne me semble si inepte» e la ritiene anzi, con gli stessi argomenti di Dumoulin, una sistemazione giuridica appropriata alla organizzazione fondiaria delle terre francesi (74), qualcuno ne sottolinea il grosso valore didattico per aver ridotto in uno schema semplice e limpido assetti materiali grossolanamente disegnati dall'uso (75), qualcuno — ribadendone la validità didattica — verifica a suo fondamento nuovi argomenti esegetici (76).

---

(73) Significativo, anche se non isolato (la utilizza, per esempio, Schneidewin citato alla nota 58), il riferimento alla autentica federiciana 'Si vero dominus' inserita nel titolo 'de haereticis et manichaeis' del Codice vulgato.

(74) LOYS CHARONDAS LE CARON, *Pandectes ou Digestes du droict françois* (1587), Paris, 1607, l. II, chap. XIX, p. 188: «Les anciens docteurs et practiciens ont divisé le domaine en direct et utile ou proufitable à l'exemple des actions directes et utiles, laquelle division a esté fort debatüe par les nouveaux iurisconsultes, lesquels pour ceste cause ont mieux aymé definir le fief usufruict. Toutefois elle ne me semble si inepte et ne trouve grande difference de nommer le premier et principal seigneur direct comme celuy duquel un autre tient en censive ou emphyteose, et le proprietaire tenant en censive ou emphyteose, seigneur utile: car nous lisons que l'emphyteote jouyt des droicts de seigneur l. I D. si ager vect. Et est appellé seigneur in l. Possessores, in fin. C., de fundis patrim. lib. 11. Quant au vassal, puis qu'en France les fiefs sont reduits à l'exemple des autres heritages, il est vray seigneur et tel se peut dire et non usufruictier, ains proprietaire...». Il testo non abbisogna di spiegazione. Una sola nota: a Le Caron la teorica del dominio diviso non appare 'inepte'; era invece una delle 'ineptiae' contaminatrici dello *ius civile* secondo il rigorista Marc Antoine Muret che abbiamo citato più sopra, a p. 212. Sul «vernacular humanism» di Le Caron si vedano le pagine chiarificatrici di D.R. KELLEY, *Louis Le Caron philosophe* (1976), ora in *History, Law and the Human Sciences — Medieval and Renaissance Perspectives*, London, Variorum Reprints, 1984, p. 37.

(75) «Verum, quoniam, ut alibi diximus et tradunt Horatius et Quintilianus, docendi causa in unaquaque disciplina necesse est atque expedit ut nova aliquando consignantur vocabula, quae rem dilucidius explicent facilioremque reddant, non invitus hanc utilis et directi dominii differentiam probaverim...» (Joannis Yañez PARLADORII *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, cit., differentia XXVIII, n. 4.

(76) È Johannes Göddäus (1555-1632), il quale conclude così il suo discorso: «puto igitur eam Doctorum distinctionem docendi caussa retineri posse» (JOHANNIS

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un discorso, che si prospetta ontologico ed esegetico insieme, è in Jean Coras. Questi, dopo aver manifestato con franchezza la sua adesione al concetto di dominio utile in un lavoro esegetico sulla l. Naturaliter (77), dedica un intero capo della sua miscellanea civilistica a dibattere il problema della dottrina del dominio diviso:

> «Dominium partiri solent ita interpretes, ut aliud sit directum, aliud utile. Et utile duplex, alterum quod opponitur, contradicit et veluti in faciem resistit directo, quale est illud quod ex praescriptione quaeritur... Alterum, quod directum recognoscit, quale est illud quod emphyteuta, superficiarius et si qui similes sunt habent.... Nec defuerunt veteres, qui hanc dominii divisionem negarent, unicum tantum dominium esse contendentes, quos refert et improbat Bartolus... nec nos sequimur. Quamvis enim verum sit verba haec directum et utile dominium apud iurisconsultos nusquam legi, traditionis tamen familiaris gratia hoc loquendi modo uti non recusabo. Cum enim duplex esse dominium fateri cogamur, et ego nunc revincam in haec verba directum et utile dominium directae et utilis actionis exemplo facillime concedam. Aliquando tamen placuit, iurisconsultorum verbis proprius inhaerendo dominium quod utile vocamus, Ulpiani exemplo qui simile ius servitutis et possessionis quasi servitutem et quasi possessionem dixit... quasi dominium dicere. Nam proprie et significanter dominium dici non potest.... Sed ad rem. Emphyteuta est dominus, d.l. Possessores, unde et servos ascriptitios manumittit, quod solis dominis conceditur... Concedens autem rem in emphyteusim, dominus permanet...., igitur duo dominia sunt, cum idem dominium apud duos esse non possit.... Eodemque ratiocinandi modo uti possumus in cliente seu vassallo et domino: cum uterque dominium

---

GOEDDAEI *Commentarius repetitae praelectionis in tit. XVI. libri L. Pandectarum de verborum et rerum significatione* (1590), Sigenae Nassoviorum, 1607, comment. ad L. XXVII, nn. 17-18). Göddäus trae la convinzione «non adeo ineptum esse quod Doctores tradunt» sia dall'esistenza di un'azione *utilis in rem* a tutela dei possessori di *agri vectigales*, sia dalla dizione della l. Possessores, sia soprattutto da un argomento esegetico generalmente non utilizzato: il fatto che il possessore di un *ager vectigalis* sia esonerato dalla l. Sciendum, ff. qui satisdare cogantur (D.2,8,15) dal prestare la *satisdatio*, conduce ad argomentare per il suo diretto coinvolgimento nella sfera dell'appartenenza; egli è infatti equiparato, nel frammento, al titolare della sola *proprietas* ed è nettamente differenziato dall'usufruttuario e dal creditore pignoratizio, i quali sono invece tenuti alla *satisdatio*.

(77) La l. Naturaliter §. Nihil commune, ff. de acquirenda vel amittenda possessione (D.41,2,12,1) è un famoso frammento ulpianeo, che ha costituito durante tutto lo svolgimento del diritto comune uno dei *loci* consueti per le esercitazioni dei giuristi sul tema difficile — e sentito come difficile — dei rapporti fra *proprietas, dominium, possessio*. Nel testo il riferimento è alla *Repetitio* JOANNIS CORASII *in §. nihil commune, l. Naturaliter, ff. de acquirenda possessione*, soprattutto n. 31 ss., in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumen quintum*, Lugduni, 1553.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habeat... Deinde cum dicant iurisconsulti directam et utilem servitutem... et actionem directam utilemque... cur non pariter dominium directum et utile dicere possimus non plane video» (78).

L'argomentazione ontologica è la prima ed è la fondante: il dominio diretto e il dominio utile, anche se i *veteres* non li hanno mai menzionati, ci sono, sono una realtà insopprimibile nell'esperienza giuridica francese, ed è un assurdo rimuoverli dal proprio paesaggio giuridico, giacché di quel paesaggio costituiscono parte integrante. Tutto il discorso corasiano parte da una premessa maggiore: «cum enim duplex esse dominium fateri cogamur»; cui si aggiunge — ma secondariamente — l'omaggio alla *familiaris traditio*, alla prassi inveterata che è divenuta schema mentale e vocabolario tecnico nelle pagine dei giuristi. Poi, cioè *a posteriori*, giunge anche il soccorso esegetico, ma giunge a scelte fatte, per corroborarle, per salvar l'anima del raffinato conoscitore del patrimonio classico.

Seguiamo Coras nel suo discorso, che è frammentatissimo, come se si trattasse di un dialogo con se stesso, ed ha un carattere quasi confessorio: questo benedetto dominio utile, a voler essere rigorosi — «proprie et significanter» — dominio non dovrebbe essere qualificato. Infatti, «iurisconsultorum verbis propius inhaerendo», dietro Ulpiano che costruisce una *quasi-servitus* e una *quasi-possessio* per strutture analoghe alla *servitus* e alla *possessio*, dovrebbe esser piuttosto definito *quasi-dominium*; a voler essere romanisti rigorosi è questo, infatti, il massimo di costruzione a cui sarebbe lecito giungere. Poi, un brusco ritorno sostanziale sul terreno ontologico con la tenue copertura formale della consueta l. Possessores (intrusione proto-medievale nel *Corpus iuris*; si ricordi: una costituzione del 434 d.C.): «Sed ad rem. Emphyteuta est dominus»; come per dire: lasciamo le belle disquisizioni e torniamo alla concretezza della realtà dove l'enfiteuta è *dominus*, tant'è vero che manomette i servi ascritticii, prerogativa unicamente dominicale (si noti anche qui la fonte citata: una costituzione di Valentiniano e Marciano del 451

(78) Ioannis Corasii.... *Miscellaneorum iuris civilis libri septem* (1549)...., Coloniae Agrippinae, 1590, lib. VI, caput XX-*De directo et utili dominio et verum non esse quod frequenti sermone usurpatur, praescriptione non quaeri directum dominium*, n. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

d.C.) (79). Infine, il richiamo al rapporto feudale, dove Coras non può fare a meno di contemplare due domini e due *dominia*.

All'incirca negli stessi anni del testo corasiano, con François Hotman, la teorica del dominio diviso ha, in Francia, la sua giustificazione, oltre che esegetica, sistematica (80). Punto di partenza è la precostituzione di una nozione assai comprensiva di *dominium:*

> «dominium quidem iure civili duplex est. Aliud infinitum, quod est ius utendi atque abutendi re quapiam, hoc est dissipandi, disperdendi, dilapidandi suo arbitratu... Aliud finitum, quod est ius certis legibus, interdum etiam ita angustis finibus circumscriptum, ut propemodum inane ac nudum esse videtur» (81).

Il *dominium* può essere costruito sul soggetto e per il soggetto e incarnarsi in una libertà illimitata di azione anche contro la natura delle cose e le esigenze della realtà economica, può consistere appunto nell'*abuti* — secondo una formula definitoria che proprio Hotman contribuisce a coniare con larghissima fortuna —, un verbo che, applicato alla cosa immobile e al fondo rustico in particolare, rende ottimamente l'idea dell'azione del soggetto violatrice del mondo degli oggetti (82). Ma vi possono essere altre dimensioni dominative reclamate da circostanze obbiettive e in cui l'azione del *dominus* ha come carattere la limitatezza. Hotman fa l'esempio dell'erede fiduciario privo del potere di alienazione, del marito rispetto al patrimonio dotale, del pupillo, del proprietario di un

---

(79) C.11,70,5.

(80) Di Hotman si prende in considerazione particolarmente la *Disputatio de feudis* (1573), in *Operum tomus secundus-pars altera*, Lugduni, 1599. Della *Disputatio* si veda soprattutto il caput XXX-*De reali feudorum iure*. Per un buon inserimento di quest'opera nella biografia intellettuale di Hotman si può leggere con profitto le pagine di D.R. Kelley, *François Hotman-A Revolutionary's Ordeal*, Princeton, Univ. Press, 1973, pp. 202-204, 227 ss.

(81) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874, lettere D ed E.

(82) Come lo stesso Hotman ha cura, in altra sede, di precisare, «abuti veteres dicebant pro eo quod est utendo consumere, conficere, exstinguere» (Franc. Hotmani *Commentarius de verbis iuris*, in *Operum tomus primus* — pars altera, Lugduni, 1599, ad vocem 'Abuti', c. 486. Se ciò è secondo la natura delle cose consumabili (per esempio, il danaro), ciò è contro la natura delle cose inconsumabili (per esempio, il fondo rustico).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

bene gravato da usufrutto, del concedente rispetto al fondo concesso in enfiteusi (83). Tutti «dominia finita» ma *dominia*.

È entro questa categoria che trovano una nicchia conveniente anche il 'diretto' e l''utile':

> «Rursus istius finiti dominii video duas species a scholasticis doctoribus constitutas: ut aliud sit directum, aliud utile. Illud, cuius nomine directa; hoc, cuius nomine utilis actio concedebatur. Quae distinctio etsi nominatim a veteribus iurisconsultis non usurpatur, tamen ab illorum consuetudine in nominum concisionibus non abhorret» (84).

La giustificazione da sistematica si fa esegetica, e serpeggia una implicita accusa di nominalismo per i troppo culti colleghi che si sono stracciati le vesti a causa del dominio utile. Ad un sistema — come quello romano — che ha fatto spregiudicamente uso della categoria plastica delle azioni utili e che ha disegnato (anche se tardivamente) un *dominium bonitarium* contrapposto al *quiritarium*, non può invece ripugnare un simile concetto (85). Ed è falsante rilevare una assenza terminologica e trasportare questa assenza sul piano concettuale. Conclusione: i Glossatori, formalizzando l'invenzione del dominio utile, hanno corrisposto alla esigenza — proveniente dalla prassi — di definire parecchie situazioni sostanzialmente dominative (86) e non hanno affatto violato, come da taluno si pretende, lo spirito del diritto romano.

Il *dominium directum* e il *dominium utile*, che ai più acri e unilaterali degli *homines novi* eran sembrati dei *somnia* (nella migliore delle ipotesi) o delle *feces* (nella peggiore), riconquistano la dignità di invenzioni funzionali, sembrano nuovamente meritare rispetto insieme agli artefici che li avevano disegnati. Tra il coro delle

---

(83) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettere E ed F.

(84) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettere F ed G.

(85) *Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 874 lettera G e col. 875, lettera A.

(86) «Non omnino igitur incommode veterum Doctorum instituto statuemus, cum et senior et vassallus praedii dominium finitum habeant: tum vero illum esse dominum directum, hunc dominum utilem» (*Disputatio de feudis*, cit., cap. XXX, col. 875, lett. A). E fa riferimento alla *actio utilis* del conduttore vettigalista, alla *actio arborum furtim caesarum* e alla *actio aquae pluviae arcendae* «quae dominorum caussa comparata est»è; alla circostanza eloquente che il vassallo ha la *rei venditio*, «proprietatis nomine et agere et conveniri potest... quin etiam servitutem tamquam in suo adquirere» (loc.ult.cit., lettere B e C).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giustificazioni, che pur si levano nel corso del secolo decimosesto, anche i tanto vituperati Accursiani riescono a ottenere qualche riconoscimento. A fine secolo, quando un autore come il tedesco Peter Heig (1558-1599) è in grado di fare un bilancio di tutto il movimentato scenario cinquecentesco e di citare un po' tutte le *dramatis personae* (87), si giungerà a un tentativo di storicizzazione. Coras aveva parlato del dominio utile come scelta obbligata per lui 'moderno': *duplex esse dominium fateri cogimur.* Heig parla del dominio utile come scelta obbligata per i medievali: «necessitas veteres coëgit ad distinctiones superiores» (88). Il dominio diviso è finalmente storicizzato, ed appare infatti per quel che storicamente è: la conseguenza non illegittima, a livello di riflessione scientifica, dell'assetto fondiario medievale. È un assurdo il ricercarlo nel *Corpus iuris*, dove non può esistere e dove non avrebbe avuto senso perché futuribile riguardo alla civiltà giuridica romana. Esso va inserito nell'età feudale, e in questa e con questa capito (89). Come avevano già puntualizzato Coras e Hotman, si era trattato di dare forma dominativa a una sostanza economica avvertita dalla comune coscienza e ricevuta nell'esperienza giuridica come dominativa.

---

(87) Cfr. Petri Heigii... *Commentarii super IIII. Institutionum Imperialium D. Iustitiani libros*..., Witebergae, 1603, lib. II, tit. I, n. 16 ss., dove si citano abbondantemente Hotman e Le Douaren, Coras e Cousteau, Cujas e Bodin, Dumoulin et Pinelho.

(88) Heigii *Commentarii super IIII. Institutionum... libros*, cit., lib. II, tit. I, n. 24.

(89) «Frequentior est illa a scholasticis Doctoribus constituta divisio, esse aliud scilicet *directum*, aliud *utile* dominium ... Nominatim quidem ea divisio a veteribus Iurisconsultis non usurpatur, sed praeterquam quod disciplinae gratia ab interpretibus excogitata est, etiam a consuetudine veterum, in nominum concisionibus, non abhorret... Neque vero potuit veteribus Iurisconsultis in mentem venire distinctio eiusmodi, quippe quibus ignota fuerunt iura vasallorum et a barbaris gentibus postea in suos homines et bona eorundem usurpata potestas, ut autumat Bodin....Ratio autem appellationum istarum haec proferri potest: quia in libris iuris nostri reperitur aliquando ius quoddam dominio proximum, ut est, exempli causa, ius emphyteuticum, cuius tam apud concedentem quam accipientem dominium esse dicitur...., ne igitur unius rei apud duos idem dominium in solidum esse diceretur...., necessitas veteres coëgit ad distinctionem superiorem... Sic tam senior, feudi dominus, quam vasallus, eius possessor, praedii eiusdem dominium habere legitur...» (loc.ult.cit., nn. 21-25).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ITALO BIROCCHI

TRA ELABORAZIONI NUOVE E DOTTRINE TRADIZIONALI. IL CONTRATTO TRINO E LA NATURA CONTRACTUS *

«Les contrats n'ont d'autres règles que la volonté des parties» [L.A. SAINT-JUST, *Fragments d'Institutions républicaines*, in *Oeuvres complètes*, Paris 1984, p.990]

1. La *natura contractus* nell'elaborazione della teoria del contratto trino: la problematica. — 2. Summenhart e la *natura contractus*. — 3. Uno sguardo alla dottrina profana: le posizioni di Kuppener. — 4. Johann Eck e il contratto trino: considerazioni introduttive. — 5. *Segue*. L'utilizzazione della teoria dei *substantialia* e dei *naturalia contractus* nell'elaborazione della dottrina del contratto trino. — 6. Alcune considerazioni finali sulla dottrina di Eck. — 7. Cenni sugli sviluppi della dottrina del contratto trino dopo Eck.

1. *La* natura contractus *nell'elaborazione della teoria del contratto trino: la problematica.*

Nella *quaestio* 97 del *Tractatus de contractibus*, pubblicato nel 1500, Konrad Summenhart von Calw (ca. 1455-1502) prendeva in considerazione una fattispecie nella quale una parte si impegnava a conferire una certa somma all'altro contraente affinché questi la impiegasse «in negociationibus», col patto di aver salvo il capitale al termine di un periodo stabilito e di ottenere inoltre una quota del

(*) Le ricerche per questo saggio sono state in gran parte compiute durante un soggiorno di studio presso il *Max Planck Institut für Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno (1988): desidero ringraziare in particolare il prof. D. Simon per l'ospitalità concessami e per il favore con cui ha agevolato le ricerche. Il lavoro si avvalso altresì dei finanziamenti per la ricerca attribuiti dal Ministero per la Pubblica Istruzione (60%, anni 1986 e ss).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lucro che eventualmente fosse stato ricavato dall'attività commerciale (1).

Si trattava di una fattispecie che secondo la mentalità dell'interprete — fosse egli un giurista oppure un teologo teso ad indagare sulla sua liceità — doveva essere ricondotta ad uno degli schemi contrattuali che la tradizione del diritto comune aveva elaborato. In concreto, occorreva esaminare se l'accordo tra le parti rientrasse in un contratto di mutuo, sicuramente illecito perché diretto alla produzione delle usure, oppure se potessero ravvisarsi gli estremi di un contratto di società, che mirasse naturalmente alla realizzazione di un lucro e che presentasse la particolarità di contenere un patto di assicurazione del capitale a favore di uno dei soci: proprio quest'ultimo aspetto faceva dubitare della liceità dell'ipotizzato contratto di società, in quanto prospettava una violazione dell'*aequalitas* tra le parti.

Sin da questa breve illustrazione appare il significato della questione affrontata da Summenhart, una delle più note tra quante sono trattate nella grande opera del teologo di Tübingen.

Incentrata, infatti, sul problema delle usure, essa costituiva un momento fondamentale della riflessione che portò di lì a poco a quella costruzione dottrinale che venne definita come il *contractus trinus*: nome che derivava dal considerare insita nella fattispecie una pattuizione triplice, con l'aggiunta, rispetto a quella esaminata da Summenhart, di un accordo per la corresponsione di un lucro prefissato alla parte che conferiva il denaro, anche nell'ipotesi che la società non avesse prodotto alcun profitto o addirittura fosse risultata in perdita. In sostanza, secondo questa costruzione la fattispecie era scomponibile in tre contratti: uno di società, uno di assicurazione del capitale, uno di alienazione del lucro incerto (guadagno previsto dell'attività sociale) in cambio di un lucro certo (minore del lucro sociale atteso).

La discussione dottrinale che, costellata di bolle pontificie e pronunciamenti delle autorità ecclesiastiche e secolari, si sviluppò

---

(1) C. SUMMENHART DE CALW, *Tractatus de contractibus*, tract. VI, quaest. 97, (ediz. Venetiis 1580, pp. 537-541). Sulla datazione dell'opera, sull'ediz. adoperata e sull'autore v. oltre, nt. 20. Il caso esaminato rientrava in una discussione che la dottrina, specialmente canonistica, aveva animato sin dal XIII secolo (v. oltre).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accesissima per tutto il secolo XVI e che si protrasse ben viva per altri due secoli, aveva come fondamento una prassi in cui quel «contratto» era largamente applicato: si trattava di darne una giustificazione morale e giuridica o, all'opposto, di indicare le ragioni che deponevano per la sua illiceità, nella sfera della coscienza come in quella del diritto.

Ora, il complesso dei profili implicati nella questione spiega il rilevante interesse che la storiografia ha manifestato su di essa e che, anzi, sembra accentuarsi (2); in particolare, le posizioni di Summenhart sono state studiate dagli specialisti di storia della teologia e del diritto e, soprattutto, di storia dell'economia (3), con un'attenzione che stata spesso rivolta alle soluzioni esposte, mentre sono rimasti in ombra i meccanismi del procedimento logico e, talvolta, la sostanza delle tesi sostenute. Ciò è, del resto, comprensibile perché , di fronte ad una prassi mercantile che vedeva la diffusione sempre più marcata di contratti «usurai», è di grande importanza conoscere le soluzioni proposte dal pensiero della Chiesa, stretto tra la pratica contrattuale e una precettistica assai severa contro le usure (4). Ma le modalità con le quali si è arrivati a quelle soluzioni appaiono interessanti tanto quanto le soluzioni in se stesse, a meno di considerare, come pure stato fatto, tutte le nuove posizioni come un mero «aggiramento» del divieto di usure, attuato con le tecniche formali della logica (5).

---

(2) Sono annunciati due saggi di S.Rowan e di R. Savelli.

(3) A parte i riferimenti generali all'opera di Summenhart rinvenibili molto spesso nella storiografia, si citano qui alcuni autori che si sono interessati a specifici aspetti del suo pensiero economico: J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert*, Darmstadt 1969 (= Jena 1941) , p. 85 ss, J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge (Mass.) 1957, p. 206 ss, 340 ss e *passim*, H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik des Konrad Summenhart (*ca. 1455-1502)*, in *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, 53, (1966), p. 1 ss e H.A. OBERMAN, *Werden und Wertung der Reformation. Vom Wegestreit zum Glaubenskampf*, Tübingen 1977, p. 171 ss.

(4) La situazione è così scolpita da T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener, ein Beitrag zur Literärgeschichte, besonders des Handelsrechts*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, VI, (1863), p. 181: «ohne viel Bedenken wurde in praxi das ausgeführt, was die Theorie als Todsünde betrachtete».

(5) È questa la posizione fondamentale della storiografia dell'Ottocento, alla quale peraltro tanto siamo debitori: v. in particolare M.NEUMANN, *Geschichte des Wuchers in Deutschland bis zur Begründung der heutigen Zinsengesetze (1654)*, Leipzig

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, il ricorso alla spiegazione dell'«aggiramento» riferita alle posizioni di volta in volta assunte dalla dottrina a sostegno della prassi mercantile ha certamente il merito di richiamare l'attenzione sulla circostanza che le costruzioni dottrinali hanno sempre, in fin dei conti, un fondamento pratico, talvolta nascosto tra le pieghe delle argomentazioni astratte (6); di per sé, tuttavia, quella spiegazione è insoddisfacente perché appiattisce le posizioni e non dà conto dei diversi punti di vista, riflessi nelle differenti tecniche adoperate, con i quali ci si misurava con la vita quotidiana.

D'altra parte, ritenere che l'essenza delle soluzioni dottrinali consistesse in un'opera di aggiramento dei precetti rinvia ad una considerazione della cultura teologica e giuridica come momento inerte rispetto alla realtà pulsante, priva perciò, rispetto a questa, di un ruolo attivo di volta in volta cangiante. Nessun appunto, naturalmente, si intende muovere agli storici dell'economia, ai quali, anzi, tanto si è debitori per aver saputo analizzare l'opera degli intellettuali di allora — teologi e giuristi, *in primis* — all'interno delle vicende storiche. Il fatto è che i profili dell'esperienza giuridica — in questo caso: le costruzioni dottrinali in tema di contratto trino — hanno una loro specificità che, se non va affrontata con strumenti

---

1969 (= Halle 1865), p. 445 e W. ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts*, Aalen 1962 (= Berlin 1874 e 1883), I, spec. p. 361 ss (per ulteriori riferimenti e per una critica, orientata peraltro dall'istanza di «difendere» i teologi cattolici, v. E. Van ROEY, *Le contractus germanicus ou les controverses sur le 5% au XVIe siècle en Allemagne*, in *Revue d'histoire ecclésiastique*, III, (1902), p. 904 nt. 1 e 908 nt. 2). Si tratta comunque di posizioni del tutto diffuse: v., ad es., H. HAUSSHERR, *Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit vom Ende des 14. bis zur Höhe des 19. Jahrhunderts*, Köln-Graz 1960, p. 78. Uno studioso della levatura del de Roover terminava la propria esposizione della costruzione dottrinale del contratto trino con queste parole: «Is it then surprising that casuistry acquired such a bad connotation and is today synonymous with sophistry and mental reservation?» (R. de ROOVER, *Scholastic Economics. Survival and Lasting Influence from the Sixteenth Century to Adam Smith*, (1955), ora in ID., *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe*, Chicago-London 1974, p. 318).

(6) P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quaderni fiorentini*, 15, (1986), p. 599, con riferimento all'indagine di U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

puramente tecnici, non può peraltro essere fatta annegare nell'indistinto mare della storia (7).

A questo punto cade opportuno formulare un'ulteriore notazione che, mentre rende concreto il discorso ora svolto, dà altresì conto del perché, per svolgere una riflessione storica su una questione così viva come quella del contratto trino si sia scelto di analizzarla alla luce di un tema classico come quello della *natura contractus*. Ebbene, se la dottrina del contratto trino presenta un coinvolgimento diretto con i fatti della vita, propone peraltro un terreno fertilissimo di indagine per il giurista perché, in un'età in cui in generale la materia contrattuale si apriva a nuove prospettive, utilizzava tecniche tradizionali, ma combinate in forma moderna. In particolare, nella sua *quaestio* Summenhart poneva al centro dell'esposizione quella che allo storico che se ne è diffusamente occupato è apparsa come «a highly abstract analysis of what is meant by "the nature" of a contract» (8): si trattava, in realtà, di un passaggio che nell'ottica del teologo di Tübingen era obbligato e che questi affrontava con lo strumentario che la cultura medievale aveva affinato; ed era lo stesso strumentario che, attinto alla fucina delle scuole di arti, veniva utilizzato dalla dottrina giuridica. Così quel che può essere considerata come un'analisi astratta o come l'esercizio di una dogmatica fine a se stessa —va appena detto che la *natura contractus* fu il terreno sul quale la dottrina aveva innestato la teoria degli elementi sostanziali, naturali ed accidentali del contratto — faceva parte invece dell'armamentario comune dell'intellettuale del tempo, strumento piuttosto nato dalla speculazione teologico-filosofica che non da quella giuridica (9): l'interprete lo adoperava per penetrare nella realtà contrattuale, per comprendere gli schemi negoziali con un'interpretazione storica che li adeguasse alla volontà delle parti o, il che è lo stesso, alla funzione storica svolta concretamente dal contratto in questione.

Anticipando qui i risultati del presente lavoro, si può affermare

---

(7) Si rinvia a P. GROSSI, *Sulla 'natura'*, cit., p. 593 ss e ID., *Proprietà (dir. intermedio)*, in *Enc. del dir.*, XXXVII, Milano 1988, p. 226 ss, a proposito dei compiti e del metodo della storia del diritto.

(8) J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 206.

(9) U. SANTARELLI, *La categoria*, cit., p. 156 (e cfr. anche p. 176).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che l'analisi della *natura* del contratto non costituiva una sofisticata ma in fondo banale opera di aggiramento di una norma consolidata come quella del divieto di usure nel mutuo, bensì esprimeva la via per individuare la funzione del contratto e per determinare fino a che punto la volontà delle parti potesse incidere sullo schema negoziale (10). Si partirà dunque dalla riflessione di Summenhart per mostrare come il lavorio dell'interprete fosse tutt'altro che impostato su basi dogmatiche ma costituisse invece lo sforzo per analizzare la realtà con gli strumenti e gli obiettivi che ogni scienza si dà: la circostanza che nella questione emergessero prepotentemente, strettamente collegati fra loro, i profili etici, quelli giuridici e quelli economici offre l'occasione per fare dell'analisi del contratto trino un laboratorio nel quale studiare la dimensione storica dell'istituto della *natura contractus*.

In sintesi, dobbiamo agli storici dell'economia la constatazione che, a partire dal tardo Medio Evo, «man umging bzw. übertrat ohne weiteres das Zinsverbot: man zahlte unter den verschiedensten Formen Zins und ließ sich Zinsen zahlen» (11): si tratta qui di illustrare come una particolare teoria — quella della *natura contractus* — abbia contribuito ad affrontare i problemi sottesi alla questione dell'interesse, concorrendo al suo riconoscimento e nello stesso tempo ponendovi dei limiti.

---

(10) Come detto, si tratta di una questione che troverà sviluppo nel corso del lavoro. Peraltro cade qui opportuno riportare una delle conclusioni sulle quali insiste Nelson nel *post scriptum* della II ediz. della sua opera sull'idea di usura (da cui si cita: la traduzione italiana è stata condotta sulla I ediz.): «These so-called "exceptions" and often misnamed "extrinsic" titles were not invented by astute theologians and jurists for the purpose of evading the rules against usury in loans» (B. NELSON, *The Idea of Usury. From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, Chicago-London 1969, p.234). Sulle stesse posizioni l'importante opera di W.J. ASHLEY, *Englische Wirtschafsgeschichte. Eine Einleitung in die Entwickelung von Wirtschaftsleben und Wirtschaftslehre,* (trad. ted.), Leipzig 1896, II, p. 472, che si distaccava dall'orientamento prevalente (v. *supra*, nt.5).

(11) C. BAUER, *Kirche und Staat als treibende Kräfte im Abbau der mittelalterlichen Wirtschaftsethik*, (1925/26), ora in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Freiburg-Basel-Wien 1965, p. 234.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

2. *Summenhart e la* natura contractus.

Nel cuore di quel secolo XVI che vide l'impetuoso sviluppo delle attività commerciali, Diego Lainez (1512-65) rilevava quanto fosse difficile riconoscere gli affari viziati dall'ingiustizia e dall'inganno: nei negozi mercantili moderni, che si presentavano con una veste data da ingegnose architetture, era davvero arduo distinguere la fattispecie sostanziale, né all'interprete venivano in soccorso le antiche scritture o le opere dei filosofi (12). Ma il compagno e successore di S. Ignazio non si limitava a riconoscere l'inadeguatezza delle fonti antiche, bensì riscontrava altresì che in molti casi erano muti persino i dottori moderni, che si erano occupati delle usure: ne conseguiva che, in mancanza di una decisione della sede apostolica, per la sola forza della prassi consuetudinaria molti negozi venivano ritenuti leciti o niente più che dubbi e pertanto ricevevano frequente applicazione (13).

Non si trattava certo di preoccupazioni isolate; sarebbe agevole rinvenire tra gli esponenti della Seconda Scolastica l'esplicita dichiarazione della difficoltà di penetrare nell'attività posta in essere dai mercanti (14). Le citazioni appaiono tuttavia fuori luogo poiché basta richiamarsi al significato delle opere che, in gran numero nel corso del XVI secolo (ed anche oltre), affrontarono il tema *De iustitia et iure* e, in particolare, *de contractibus*: in un'epoca di forte mobilità di strutture e mentalità, la Chiesa sentiva vivissima la propria missione di analizzare e sindacare tutti i comportamenti considerati in qualche modo pericolosi per la salvezza dell'anima, *in primis* quelli posti in essere dai mercanti (15).

---

(12) I. LAINEZ, *Disputatio de usura variisque negotiis mercatorum*, in ID., *Disputationes tridentinae*, ed. H. GRISAR S.J., t. II, Oeniponte 1886, cap. I, n. 3, p. 228 e cfr. J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik*, cit., p. 70, ID., *Statik und Dynamik in der scholastischen Wirtschaftsethik*, Köln-Opladen 1955, p. 12 e C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen in der katholischen Wirtschaftsethik unter dem Einfluss der Gegenreformation*, in *Adel und Kirche. Gerd Tellenbach zum 65. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*, Freiburg-Basel-Wien 1968, pp. 558-59. È noto che Lainez prendeva come punto di riferimento Genova, osservatorio di primaria importanza per la pratica mercantile.

(13) I. LAINEZ, *Diputatio de usura*, cit., cap. XXVII, n. 87, p. 314.

(14) V. per tutti J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik*, p. 11, con riferimento a Domingo de Soto e a Pedro d'Aragon.

(15) Si riscontrano anche posizioni da crociata, come quella del domenicano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Si potrà dire che furono gli Stati nazionali e la stessa Chiesa a scardinare principi che — come quelli dell'infruttuosità del denaro e del giusto prezzo — erano stati i pilastri dell'etica economica medievale ([16]); e talvolta, come si vedrà per il contratto trino, poterono persino sussistere motivazioni particolaristiche che spingevano nella direzione della revisione delle dottrine tradizionali. Comunque quel che risultò decisivo fu la necessità di favorire la mobilità di ingenti capitali e di venir incontro al generale bisogno di credito, tipici caratteri di una società che tendeva ad accrescere la produzione dei beni di scambio e in cui il commercio assumeva un ruolo fondamentale ([17]).

Forme contrattuali semplici quali la compravendita, il deposito o la società, scolpite dalla tradizione del diritto comune, venivano utilizzate appena come base di partenza per complesse pattuizioni che si trasfondevano in figure negoziali complesse, per le quali l'esame etico teso a stabilirne la liceità o meno era il presupposto della stessa

---

Tomas Mercado (m. 1575 o 1585), per il quale in ogni contratto potevano nascondersi le usure, che potevano essere scoperte «tutta volta che sagacemente si scuota e si ventili il contratto»; perciò l'autore concludeva che non bisognava fermarsi al nome del contratto, bensì occorreva scavare al di sotto della superficie per accertare la liceità (T. MERCATO, *De negotii et contratti de mercanti et de negotianti*, trad. it., Brescia 1591, cap. IX, *trattato de fitti, degli imprestiti e de le usure*, n.12, pp. 486-87; sull'autore e le ediz. dell'opera v. R. de ROOVER, *L'évolution de la lettre de change. XIVe-XVIIIe siècles*, Paris 1953, pp. 193-94 e K.O. SCHERNER, *Die Wissenschaft des Handelsrechts*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di H. Coing, II/1, München 1977, p. 817 ss e 825).Del resto, di fronte a tanti contratti «usurai», che apparivano appena rivestiti da cause legittime, persino un civilista molto attento al *ius novum* come Bugnyon, che scriveva proprio mentre si chiudeva il Concilio di Trento, non trovava niente di meglio che affidarsi alla coscienza dei mercanti timorati di Dio. In proposito ha richiamato l'attenzione L. DALLE MOLLE, *Il contratto di cambio nei moralisti dal secolo XIII alla metà del secolo XVII*, Roma 1954, p. 7 (ma il passo citato non risulta nel luogo segnalato nell'ediz. Paris 1602, adoperata dal Della Molle, né nell'ediz. Bruxellis 1677; ad ogni modo concetti simili sono esposti in altri punti della trattazione sulle usure).

([16]) C. BAUER, *Kirche und Staat als treibende Kräfte*, cit., p. 233 ss e ID., *Kirche, Staat und kapitalistischer Geist*, (1931), ora in ID., *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 11 ss.

([17]) Non mette conto elencare l'imponente letteratura sull'argomento. Basti citare C. BAUER, *Melanchthons Wirtschaftsethik*, (1958), ora in ID. *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 327 e la sintesi contenuta in U. SANTARELLI, *La categoria*, cit., spec. p. 86 ss e ID., *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino 1989, p. 151 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attività interpretativa dei giuristi (18). Ferma restando l'ormai acquisita distinzione tra l'usura, proibita, e i profitti, leciti, tratti dalla partecipazione a una società, si trattava in particolare di analizzare se il contratto concretamente posto in essere rispettasse il principio di *aequalitas* tra le parti e non violasse il dogma tomista dell'infruttuosità del denaro, considerato, come noto, come bene consumabile nel quale non poteva essere distinta la proprietà dall'uso (19).

---

(18) C. BAUER, *Melanchthons Wirtschaftsethik*, cit., p. 327. V. ora C. PETIT, *Derecho mercantil: entre corporaciones y codigos*, in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, 1990, t. I, spec. p. 330 ss., che ho potuto leggere quando il presente lavoro era stato già licenziato.

(19) È merito di P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960, pp. 132-33 e nt.89, p. 158 e *passim* aver sottolineato che la questione delle usure non si restringeva alla questione dell'infruttuosità del denaro, bensì involgeva il problema dell'*aequalitas* tra i contraenti. Per quanto detto nel testo si rinvia a H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 169-70 (che corrisponde, nell'ediz. italiana a ID., *I maestri della Riforma. La formazione di un nuovo clima intellettuale in Europa*, Bologna 1982, pp. 203-04: di seguito si citerà solo l'ediz. tedesca, sia perché più completa, specialmente nelle note, sia perché la traduzione presenta imprecisioni che, dovute alla difficoltà dei termini adoperati e forse alla circostanza che l'edizione italiana è stata condotta non sull'originale tedesco bensì sulla versione inglese, non sono invece presenti nel testo tedesco), con riferimento in particolare alle novità che nella concezione della moneta si riscontrano in Gabriel Biel; una panoramica sui mutamenti nella considerazione del denaro, non solo mezzo di scambio ma anche forza economica, e sulla distinzione tra *Ge*brauch e *Ver*brauch della moneta, è in W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, Münster Westfalen 1959, p. 145 ss. Nel complesso si riscontra che le categorie scolastiche fondate sul principio dell'infruttuosità del denaro furono rese più elastiche e, dopo che già al tempo di S. Tommaso (S. TOMMASO, *Summa theologica* II, II, qu.78, art.2, p.368-69 dell'ediz. fiorentina del 1966) era pacifica la possibilità di compensare il capitalista per il *damnum emergens*, grazie anche all'affermazione degli orientamenti nominalistici poterono diffondersi le dottrine tendenti a riconoscere la legittimità del ricavo di interessi in casi in cui l'eccezione fosse fondata sulla particolare situazione soggettiva del capitalista (orfani e donne) o sulla presenza di una condizione oggettiva che rendesse equo un compenso a favore del capitalista-investitore (è il caso dello *stipendium laboris* o della mora del debitore). Tuttavia fino all'età di Summenhart in seno al pensiero teologico non si registra un mutamento sostanziale di idee attorno al principio della improduttività del denaro e solo episodicamente si trova il riconoscimento del compenso per il rischio di insolvenza (*periculum sortis*) o di incertezza nella riuscita di un'impresa (*periculum incertitudinis*), mentre resistenze ancora maggiori si ebbero per l'ammissibilità del *lucrum cessans*. Una sintesi su ciò si trova in G. LE BRAS, *Usure. II. La doctrine ecclésiastique de l'usure a l'époque classique (XIIe-XVe siècle*, in *Dict. de théol. cath.*, XV/2, (1947) , coll. 2363-64, che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In questa situazione l'opera di Summenhart, apparsa quasi fatidicamente alle soglie del nuovo secolo (20), rappresentò un momento di riflessione che, mentre raccoglieva la tradizione del pensiero medievale, sembra altresì esprimere una diversa fase rispetto alla letteratura delle *Summae* penitenziali e persino rispetto a testi contemporanei e di vasta risonanza come il commentario alle sentenze di Pietro Lombardo del suo collega a Tübingen, titolare di una cattedra per la *via moderna*, Gabriel Biel (1410/15-1495) (21).

---

rimarca che nel Medioevo gli autori non si preoccupavano di formulare principi generali in materia di liceità degli interessi; in proposito acute notazioni si trovano in P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, n.s., I, (1966), p. 127 e 132-33. V. anche O. LANGHOLM, *The Aristotelian Analysis of Usury*, Bergen-Oslo-Stavanger-Tromsø 1984. La trattazione del recente J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, trad. it., Roma-Bari 1988, pp. 67-68 si rifà senza variazioni al Le Bras (notazione critica in U. SANTARELLI, *Mercanti e società di mercanti*, cit., p. 157). In dottrina le discussioni risalgono agli ultimi secoli del Medioevo ma si protrassero a lungo: ad es., intorno all'ammissibilità del *lucrum cessans* si dibatteva ancora nel XVIII secolo: v. R. de ROOVER, *L'évolution*, cit., p. 123 ss e J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 249 ss.

(20) La I ediz. del *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis*, apparso orginariamente a Hagenau col titolo *Septipertitum opus de contractibus*, è stata fatta risalire al 1497 (da L. HAIN, *Repertorium*, n. 15178 a M. NEUMANN, *Geschichte*, cit., p. 47 al recente K.O. SCHERNER, *Die Wissenschaft*, cit., p. 802) al 1499 (J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 206) o più spesso al 1500. La critica più recente, in accordo del resto con l'antico biografo di Summenhart (F.X. LINSENMANN, *Konrad Summenhart. Ein Culturbild aus den Anfängen der Universität Tübingen [Zur vierter Säcularfeier der Universität Tübingen im Sommer 1877]*, Tübingen 1877, p. 24) ha accertato che le presunte edizioni precedenti al 1500 sono da attribuire alla leggenda: v. H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 2 nt. 3 e soprattutto H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 171 nt. 26 e 381 nt. 1. Qui si utilizza la diffusissima edizione veneziana (apud Franciscum Zilettum) del 1580 (è segnalata un'altra edizione veneziana del 1580, apud Bernardum Juntam: v. T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck Professor der Theologie an der Universität Ingolstadt*, Regensburg 1865, p. 10 e cfr. J. HALLER, *Die Anfänge der Universität Tübingen 1477-1537*, Aalen 1970 (= Stuttgart 1927), I, p. 176). Quanto all'autore, dopo aver iniziato gli studi a Heidelberg (1472-73), Summenhart si trasferì a Parigi, ove nel 1478 divenne *magister in artibus*, per tornare poi a Tübingen; qui, membro influentissimo della Facoltà delle arti, intraprese gli studi di teologia fino a ottenere il dottorato (1489) e più tardi la cattedra di teologia (v. l'ancora importante monografia di F.X. LINSENMANN, cit., e i dati e la bibliografia aggiornata in K.K. FINKE, *Die tübinger Juristenfakultät 1477-1534*, Tübingen 1972, spec. p. 217 ss).

(21) In particolare G. BIEL, *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum libros*, su cui si tornerà più avanti. Sulla concezione del diritto in Biel v. G. OTT, *Recht und Gesetz*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'opera di Summenhart la materia può dirsi decantata nelle sue architetture logiche e la trattazione appare rigidamente coerente con le linee tracciate nel proemio — forse la parte più famosa — nel quale l'autore muove dalla distinzione del ruolo del teologo, che si occupa del *periculum animae*, da quello del giurista, che guarda al foro esterno (22); tuttavia, proseguiva Summenhart, poiché i contratti erano quasi tutti *iure gentium* e si basavano sul diritto naturale, dovevano essere oggetto di attenzione anche da parte della filosofia morale (23). Del resto, esprimendo concetti largamente diffusi tra la cultura umanistica, Summenhart invitava i giuristi a non appagarsi del testo di legge e dell'opinione dei *doctores*, bensì ad indagare sui principi sui quali gli istituti giuridici si fondavano: «non autem ratio ex lege, sed lex ex ratione processit» (24).

Ora, è noto che l'interesse teologico-morale che anima il *Tractatus de contractibus* non ha impedito che l'autore si sia servito di strumenti tratti dalla dottrina giuridica (25). E se già l'approccio,

---

bei Gabriel Biel. Ein Beitrag zur spätmittelalterlichen Rechtslehre, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, K.A., XXXVIII, (1952) p. 251 ss. e in generale sulla figura del teologo il recente H.A. OBERMAN, *The Harvest of Medieval Theology. Gabriel Biel and Late Medieval Nominalism*, Durham (North Carolina) 1983, (sulla vita: p. 9 ss.), con ricca bibliografia. Sulle *Summae* penitenziali considerazioni, fonti e bibliografia in C. BERGFELD, *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, in *Handbuch der Quellen und Literatur*, II/1, cit., , p. 999 ss; sulle *Summae* come opere pienamente inserite nel mondo del diritto v. P. GROSSI, *Somme penitenziali*, cit.

(22) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., proemio; cfr. H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 2 nt. 4.

(23) «Quis autem quae iurisgentium sunt melius novit, quam moralis philosophus naturalis innitens lumini rationis?» (C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., proemio).

(24) «Propterea adhortandi sunt iuristae, ut in condemnando vel iustificando aliquem contractum, non adeo fixi, adeo pressi suis inhereant textibus, quod deiectis oculis in membranas in animalium scilicet pelles, non assurgant, contenti tantum, quod sic sciant esse scriptum, vel quod talis doctor ita sentit in lectura sua, quasi hoc eis sufficiat, si non exerceant intellectum, rationemque consulant investigando propter quid est condemnatus vel iustificatus, et resolvendo effectum in causam et conclusionem ... reducendo in principia theologica, vel philosophica moralia unde derivatur. Non enim ratio a lege, sed lex ex ratione processit» (*ivi*). Il passo è molto noto: v. J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, p. 173 e W. TRUSEN, *Forum internum und gelehrtes Recht im Spätmittelalter*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, K.A., LVII, (1971), p. 125.

(25) V., ad es., J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, p. 182 e *passim*; W. TRUSEN, *Forum*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

precedentemente messo in evidenza, di muovere dai principi e di indagare sulle radici degli istituti —il che significava, per i contratti, partire dalla definizione e dalla loro classificazione — non poteva che riscuotere un largo interesse specialmente tra i giuristi culti, la particolare attenzione rivolta alla dottrina giuridica spiega ulteriormente il vasto successo che arrise al trattato di Summenhart, almeno fino all'età di Grotius (26).

Del resto, nell'opera del maestro di Tübingen, pur tutta orientata dall'interesse morale, la base della riflessione, se non proprio il protagonista della trattazione, era costituita dai concreti rapporti negoziali ed era la prassi mercantile che il teologo aveva costantemente presente, in vista della sua sistemazione logica: «nam contractus consistit in facto», precisava il maestro, fedele all'orientamento «realista » (27). Così, sebbene Summenhart fosse del tutto alieno dall'utilizzare quei metodi empirici di analisi i cui più cospicui esempi, nell'àmbito della Seconda Scolastica, sono forse dati dall'opera di un Molina o di un Lessius (28), il campo di indagine era quello stesso cui attendeva il giurista di professione, con un'apertura non comune verso l'economia (29) e con un'accentuata propensione

---

internum, cit., p. 119; C. BERGFELD, *Katholische Moraltheologie*, cit., p. 1012. Più in generale sull'utilizzazione delle fonti e delle categorie del diritto romano e canonico da parte della letteratura del foro interno v. P. GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 118 ss e W. TRUSEN, *Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption*, Wiesbaden 1962, , pp. 138, 143, 145 e *passim*.

(26) C. BERGFELD, *Die Stellungnahme der spanischen Spätscholastiker zum Versicherungsvertrag*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, p. 458; P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica*, cit., p. 123; P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di «dottrina generale del diritto»*, in *Quaderni fiorentini*, 10, (1981), pp. 339-43; R. FEENSTRA, *Quelques remarques sur les sources utilisées par Grotius dans ses travaux de droit naturel*,in *The word of Hugo Grotius (1583-1645)*, Amsterdam-Maarssen 1984, p. 80 (con ulteriori indicazioni in nt. 81).

(27) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. I, quaest. 16, p. 49; cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione*, cit., p. 341.

(28) J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik*, cit., p. 13 ss. È noto il frequente richiamo alla prassi delle fiere da parte degli scolastici del XVI secolo; riporta una significativa testimonianza L. VEREECKE, *La licéité du «cambium bursae» chez Jean Mair (1469-1550)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, IV s., XXX, (1952), p. 127.

(29) Così C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen*, cit., p. 552. La più recente storiografia parla della scuola di Tübingen di quel periodo come di un centro di elaborazione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

verso le questioni pratiche (30). Tutti elementi, questi, che spiegano come con Summenhart si affermi su vasta scala la tendenza ad assumere quale autorità nella sfera del diritto elaborazioni di matrice teologica (31).

Si respira un clima nuovo, che ha come antecedente l'opera di Jean de Gerson (1363-1429), «[dessen] Nominalismus von eigener Art» costituì il modello per la successiva letteratura teologica sincretistica (32): è il fermento che si coglie nell'ambiente dei *moderni* o *neoterici* dell'Università di Parigi, nella quale Summenhart si era formato e dove, nel 1478, aveva conseguito il titolo di *magister* (33), e che negli ultimi decenni del Quattrocento va sempre più connotandosi di tendenze eclettiche (34).

Generalmente le posizioni teologico-filosofiche di Summenhart sono fatte rientrare in un realismo di indirizzo scotista (35), ma

---

di nuove teorie economiche o addirittura di un centro di economia liberale: v. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 206 e H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 161 e 165.

(30) J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, p. 173.

(31) W. ENDEMANN, *Studien*, cit., I, pp. 46 e 48-49. È la tendenza che troverà la massima espressione nel cuore del XVI sec., con le opere degli esponenti della Seconda Scolastica.

(32) G. RITTER, *Via antiqua und via moderna auf den deutschen Universitäten des XV Jahrhunderts*, Heidelberg 1963 (= Heidelberg 1922), pp. 25 e 133-34. Come noto, Jean Charlier de Gerson scrisse anche un trattatello *De contractibus*, sul cui rapporto con l'opera di Summenhart qualche notazione si trova in P. CAPPELLINI, *Sulla formazione*, cit., p. 339. Sulla tumultuosa vita di Gerson basti citare la voce di L. SALEMBIER in *Dict. théol. cath.*, VI/1, (1924), col. 1313 ss e P. GLORIEUX, *Introduction générale* a J. GERSON, *Oeuvres complètes*, I, Paris-Tournai-Rome-New York, 1960, p. 105 ss; sulle sue idee intorno ai rapporti tra diritto, morale e giustizia v. L. VEREECKE, *Droit et morale chez Jean Gerson*, in *Revue historique de droit français et étranger*, IV s., XXXII, (1954), p. 413 ss e F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia nel Medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità*, Milano 1976, p.237 ss.

(33) J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, p. 172 e K.K. FINKE, *Die Tübinger Juristenfakultät*, cit., p. 217.

(34) Cfr. G. RITTER, *Via antiqua und via moderna*, cit., spec. pp. 144-46; sull'influsso nei centri di studio tedeschi della lotta tra le due vie sviluppatasi all'Università di Parigi v. *ivi*, p. 18 e, specificamente, A.L. GABRIEL, *"Via antiqua" and via "moderna" and the Migration of Paris Students and Masters to the German Universities in the fifteenth Century*, in *Antiqui und Moderni. Traditionsbewusstsein und Fortschrittsbewusstsein im späten Mittelalter*, Berlin-New York 1974, p. 439 ss.

(35) J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, p. 172; H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 3; H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 171.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'opera del maestro di Tübingen, che pure occupò la cattedra riservata alla *via antiqua*, si situa nella fase in cui si andava superando il dualismo tra *via antiqua* e *via moderna* (36); il che poi significava l'affermazione dell'umanesimo, come è stato acutamente rilevato in opposizione alle tesi che vedevano nell'umanesimo l'erede della *via antiqua* realista o, al contrario, della *via moderna* nominalista (37).

Sta di fatto che Summenhart si formò nello stesso clima dei maestri di Vitoria e respirò la stessa aria che tra la fine del XV e l'inizio del XVI secolo doveva attirare personaggi come Erasmo o come John Mair, a prescindere evidentemente dalle posizioni critiche che pure nei confronti dei «teologiastri» espresse lo stesso Erasmo (38). Nel complesso Summenhart non può essere definito un novatore e piuttosto è da collocare all'interno della tradizione scolastica (39); tuttavia, come si vedrà, l'uso del metodo scolastico con cui scompone ed interpreta la nuova realtà economica non si risolve in una mera costruzione di architetture formali ed è invece strettamente correlato all'attenzione per la sostanza del rapporto, per la quale è determinante l'*intentio* delle parti (40). Così, se si

(36) E, del resto, è noto che, ad es., nel corso delle discussioni Scoto poté essere annoverato tra i «moderni» (v. G. RITTER, *Via antiqua und via moderna*, cit., p.71).

(37) G. RITTER, *Via antiqua und via moderna*, cit., p. 128. È appena il caso di ricordare che la controversia tra *via antiqua* e *via moderna* riguardò all'inizio fondamentalmente il campo delle *artes* (specialmente della logica: ne segue le discussioni ai primordi C. VASOLI, *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. «Invenzione» e «Metodo» nella cultura del XV e XVI secolo*, Milano 1968, p. 9 ss), ma poi si estese alla sfera della filosofia e della teologia.

(38) Si tratta di posizioni molto note: per tutti v. L. DELARUELLE, *Guillaume Budé. Les origines, les débuts les idées maitresses*, Genève 1970 (= Paris 1907), p. 55. Sull'ambiente eclettico di Parigi di quegli anni v. R.G. VILLOSLADA, *Erasmo y Vitoria*, in *Razún y Fe*, a. 35, t. 107, (1935), p. 21 e *passim*, ID., *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Romae 1938, p. 76 ss, 320 ss e *passim* e A. RENAUDET, *Préréforme et humanisme a Paris pendant les premières guerres d'Italie (1494-1517)*, Paris 1953.

(39) J. HALLER, *Die Anfänge*, cit., I, pp. 186-87; H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 27; K.K. FINKE, *Die Tübinger Juristenfakultät*, cit., p. 219.

(40) Cfr., per ora, H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., pp. 3, 20 e *passim*. Con Summenhart non ci troviamo nel campo degli «aridi argomenti dello scolasticismo» che, per l'epoca che qui interessa, è stato individuato come lo specifico carattere delle correnti non umanistiche (così A.L. GABRIEL, *"Via antiqua" and "via moderna"*, cit., pp. 442-43).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

guarda allo spirito con cui svolgeva la trattazione — anche la scelta degli argomenti è significativa — ed alla strumentazione adoperata — l'ebraico, ad esempio, faceva parte del suo bagaglio culturale (41) — appare certamente tramontata con Summenhart l'importanza accordata dai tomisti ai problemi di pura logica nell'approccio alle questioni economiche e morali (42).

Ma è ora opportuno accostarci al tema affrontato dal teologo di Tübingen sulla questione che qui interessa. Al tempo di Summenhart lo schema del contratto di società era tra i più diffusi tra quanti venivano adoperati al fine di rendere fruttifero il denaro (43). In particolare, nella fattispecie esaminata dal teologo (44), a favore di colui che conferiva il denaro era stabilita l'esenzione da ogni rischio per la perdita del capitale che eventualmente potesse verificarsi nell'esercizio dell'attività commerciale; e, in proposito, la dottrina solitamente considerava tale pattuizione come una modifica che incideva sulla *natura* del contratto di società, salvo poi dividersi sulla liceità o meno di siffatta modifica, che costituiva una deroga ad uno degli effetti usuali (o naturali) della società: la ripartizione in parti uguali, o in proporzione delle rispettive quote, delle perdite e dei lucri tra i soci (45).

---

(41) J. HALLER, *Die Anfänge*, I, cit., pp. 186-87 e, più in generale, pp. 182-83 sull'influsso dell'umanesimo in Summenhart. Assai indicativo della collocazione del teologo di Tübingen il suo *Tractatulus bipartitus de decimis*, recentemente edito da H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 381-411.

(42) La notazione su questo approccio tomistico ora in K. PRIBRAM, *Les fondements de la pensée économique*, trad. fr., Paris 1986, p. 17.

(43) Basti citare W. ENDEMANN, *Studien*, cit., I, p. 343 ss, E. Van ROEY, *Le contractus*, cit., p. 907, J. LE BRAS, *Usure*, cit., col. 2361, J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik*, cit., p. 29 e J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 133 ss.. Sulla struttura giuridica del contratto di società vedi, oltre a Endemann (*op. loc. cit.*), E. LUTZ, *Die rechtliche Struktur süddeutscher Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger*, Tübingen 1976, con particolare riferimento alla Germania meridionale nell'età dei Fugger (il I volume contiene la trattazione, il II i documenti).

(44) V. *supra*, § 1, all'inizio.

(45) W. ENDEMANN, *Studien*, cit., I, p. 375 ss. V. anche T.P. Mc LAUGHLIN, C.S.B., *The Theaching of the Canonists on Usury (XII, XIII and XIV Centuries)*, in *Mediaeval Studies*, I, (1939), II, (1940), (qui: I, p. 104 ss, che segue il dibattito nella dottrina canonistica medievale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In relazione a questo problema, nel complesso la dottrina aveva operato con una certa libertà, in particolare attraverso quel filone che — dall'Ostiense, a Giovanni d'Andrea, ad Antonio da Butrio — aveva riconosciuto che la fattispecie individuata come mutuo con interessi e considerata illecita dalla decretale *Naviganti* poteva essere ricostruita come una società lecita, che contemplava il rischio per la perdita del capitale per uno soltanto dei soci (46); ciononostante i limiti posti dai precetti e dalla riflessione canonistica e teologica sul divieto di usure erano sempre avvertiti come una cornice entro cui svolgere la *interpretatio* (47). Se si considera, ad esempio, il *Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis* di Pietro degli Ubaldi, citato nel Cinquecento da una dottrina che, a proposito del contratto trino, tenterà di conciliare le due principali tesi a favore e contro la sua liceità (48), balza in evidenza come l'autore impostasse l'analisi su un piano duplice. Da un lato, venivano addotte le ragioni, per così dire, di mercato, che spingevano al riconoscimento della liceità del contratto di società in cui al socio-capitalista fosse riservato il diritto di avere salvo il capitale e una parte del lucro eventualmente ricavato: operava infatti il principio che le parti sono libere di darsi il regolamento contrattuale (*contractus ex conventione legem accipiunt*) e soccorreva del resto una considerazione di opportunità, per la quale «pro maiori parte mercatores lucrantur: et iura ad ea quae frequentius accidunt, adaptantur» (49). Da un altro lato, veniva

(46) La decretale *Naviganti* (c.19, X, 5, 19), tratta da una lettera di Gregorio IX, dispone: «Naviganti, vel eunti ad nundinas, certam mutuans pecuniae quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus». Per il dibattito dottrinale v. T.P. Mc LAUGHLIN, C.S.B., *The Theaching*, I, cit.,p. 103 ss e 147, J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 137 ss e U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, cit., p. 178 ss. Sulla funzione attribuita al contratto di società come strumento per investimenti produttivi v. F.X. FUNK, *Zins und Wucher. Eine moraltheologische Abhandlung mit Berücksichtigung des gegenwärtigen Standes der Cultur und der Staatswissenschaften*, Tübingen 1868, spec. p. 74 ss.

(47) Si rinvia a B. SCHNAPPER, *La repression de l'usure et l'évolution économique (XIIIe-XVIe siècles)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, (1969), p. 47 ss.

(48) I.B. LUPUS GEMINIANUS, *Tractatus de usuris & commercijs illicitis*, in cap. *Naviganti*, *De usuris*, § 1, nn. 12-13, (nell'ediz. in *Tractatus universi iuris*, Venetiis 1584, t. VII, f. 136 rv).

(49) PETRUS DE UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis*, pars IV, q. 1, n.6, (ediz. Coloniae Agrippinae 1586 p. 68 [ma: 78]). Per le ragioni addotte in

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenuta in conto l'esigenza di tutelare l'*aequalitas* tra le parti, che portava a condizionare il riconoscimento della liceità del contratto alla circostanza che il socio-capitalista avesse conferito un capitale stimato di entità superiore al valore della quota del socio-mercante che conferiva la propria opera (50). Nell'ipotesi di conferimento di quote di egual valore, perciò, il patto «quod capitale esse firmum est contra naturam societatis et non valet» e in definitiva l'autore concludeva: «istam opinionem tanquam tutiorem favore animae tenendam arbitror» (51).

Ora, in questa situazione a due contemporanei di Summenhart si deve una nuova elaborazione che costruiva diversamente i dati della fattispecie; in particolare, la pattuizione tesa a garantire il capitale a favore del socio conferente, che fino ad allora era stata considerata come un accordo che incideva sul contratto di società (*contra naturam*), venne elevata al rango di autonoma figura contrattuale (*assecuratio)*. Il contratto di assicurazione che nel corso del secolo XIV aveva trovato un'ampia diffusione in un clima favorevole all'espansione dei mercati, all'assunzione dei rischi imprenditoriali e, conseguentemente, alla commercializzazione del *periculum* in fun-

---

precedenza per il contratto di società era particolarmente rilevante la prassi consuetudinaria, che riempiva l'astratto e semplice schema della tradizione romanistica; e J. LE BRAS, *Usure*, cit., col 2361 nota infatti che i canonisti dell'epoca classica se ne occuparono raramente, mentre le Somme dei confessori lo presero in considerazione soprattutto per ribadire la condanna della società leonina. Tra le tante testimonianze che si riscontrano nella trattatistica che più tardi studiò il contratto di società v. L. DUARDUS, *De societatibus tractatus*, lib. II, cap. 4, q.7, n.11, (ediz. Torino 1972 [= Neapoli 1644] p. 201): «in contractu societatis maxime consuetudo magnam vim habet».

(50) Sull'*aequalitas* tra le parti, insita nella *natura societatis* regolata dal diritto giustinianeo, e sulla sua considerazione in relazione al problema delle usure da parte della dottrina del periodo che qui interessa v. E. LUTZ, *Die rechtliche Struktur*, cit., I, p. 123 ss. Un'approfondita considerazione del concetto di *aequalitas* nei contratti in P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., spec. pp. 131-34 e 157-62 e *passim* e ID., *Somme penitenziali*, cit., spec. 130-33.

(51) PETRUS DE UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus*, cit., pars IV, q. 1, n. 6, p. 80. Si ritornerà su queste discussioni nella dottrina del tardo Medioevo allorché si esamineranno le posizioni di J. Eck; per ora basti rinviare alla sintetica esposizione di J.P. LEVY, *Un palliatif à la prohibition de l'usure: le «contractus trinus» ou «triplex»*, in *Revue historique de droit français et étranger*, IV s., XVIII, (1939), pp. 425-26 (l'autore ha sostanzialmente riproposto questo lavoro nella relativa voce contenuta in *Dict. de droit canon.*, IV, (1949), col. 492 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione della sicurezza dei traffici (52), poté così offrire, in congiunzione col contratto di società, lo schema nel quale la fattispecie sembrava trovare intero assorbimento; e si trattava di uno schema che constava di due contratti pacificamente considerati leciti e pertanto lecito nel suo complesso.

Così ragionava Angelo Carletti da Chivasso (ca. 1410-95), la cui *Summa*, pubblicata nel 1486 (53), appare in proposito l'anello di congiunzione tra gli spunti contenuti in tema di *securitates* nelle opere dei moralisti e dei giuristi del Tre-Quattrocento — segnatamente Bartolomeo di S. Concordio e S. Bernardino, da un lato, e di

---

(52) Sulle *securitates* per la tutela del rischio v. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 202 ss, G. CASSANDRO, *Assicurazione (premessa storica)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano 1958, p. 421, e soprattutto E. SPAGNESI, *Aspetti dell'assicurazione medievale*, in *L'assicurazione in Italia fino all'Unità. Saggi storici in onore di Eugenio Artom*, Milano 1975, spec. p. 33 ss e 52 ss. Sul contratto di assicurazione nel Cinquecento v. C. BERGFELD, *Die Stellungnahme*, cit., dedicato alle posizioni della dottrina della Seconda Scolastica (a p. 466 un riferimento a Summenhart) e più in generale G.S. PENE VIDARI, *Il contratto di assicurazione nell'età moderna*, in *L'assicurazione in Italia*, cit.,, p. 193 ss. Di grande rilievo i contributi su aspetti particolari di K. NEHLSEN VON STRYK, *L'assicurazione marittima a Venezia nel XV secolo*, trad. it., Roma 1988 e *Kalkül und Hasard in der spätmittelalterlichen Seeversicherungspraxis*, in *Rechtshistorisches Journal*, 8, 1989, p. 195 ss.

(53) Su Angelo Carletti da Chivasso e la sua fortunatissima *Summa* —emblematicamente bruciata da Lutero assieme alla bolla papale e al *corpus iuris canonici* — v. la recente voce di S.PEZZELLA in *Diz. biogr. degli ital.*, XX, (1977), p. 136 ss, con alcuni errori rilevati da E. BELLONE, *Note su Angelo da Chivasso (1410 c.-1495) e sulle fonti classiche, patristiche e bibliche della sua «Somma» per confessori*, in *Studi francescani*, 82, (1985), n. 1-2, p. 147 nt.1 (con la bibliografia precedente). Di recente ha illustrato un *consilium* sul Monte delle doti, dato da Angelo quasi al termine della vita, J. KIRSHNER, *A 'consilium' of Angelo da Chivasso on the Monte delle doti of Florence*, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 1980, pp. 435-41 (in esso Angelo si schierava a favore della liceità della fattispecie esaminata, mutando parere rispetto a quanto sostenuto nella *Summa*). Considerazioni sulla *Summa Angelica* in P. GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., pp. 102-04, 118 e 120. Sulla data di apparizione della *Summa* la storiografia offre dati spesso oscillanti (J.P. LEVY, *Un palliatif*, cit., p. 424 ss: 1471-84; W.J. ASHLEY, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, cit., II, p. 473 e E. VAN ROEY, *Le contractus*, cit., p. 916 nt. 1: 1476; J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 204: 1485; L. DALLE MOLLE, *Il contratto di cambio*, cit., p. 50 e C. BERGFELD, *Katholische Moraltheologie*, cit., pp. 1006 e 1008: 1486): fermo restando che la prima edizione è del 1486, si è avanzata l'ipotesi che nel 1476 si avesse già una prima «redazione» o almeno *reportationes* di voci che forse circolavano autonomamente e che concorsero poi all'opera definitiva (così E. BELLONE, *op. cit.*, pp. 148 e 151).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Baldo e Lorenzo Ridolfi, dall'altro (54) — e le successive elaborazioni in tema di contratto trino. In particolare Angelo enunciava due requisiti che dovevano sussistere per la liceità della fattispecie. Il primo riguardava la condizione di libertà del socio-mercante nell'accettare di fungere da assicuratore per il capitale (55); il secondo concerneva la circostanza che il guadagno verosimilmente sperato doveva essere superiore alla somma corrisposta per l'assicurazione del capitale (56).

La dottrina di Angelo fu ripresa poco dopo da Gabriel Biel, che non si segnala per alcun ulteriore approfondimento, ma che è utile menzionare perché è noto l'influsso del grande teologo di Tübingen su Johann Eck, che fu colui al quale concordemente è fatta risalire la compiuta elaborazione del contratto trino (57). Va notato, comun-

---

(54) Sul punto non ci si può trattenere in questa sede e si rinvia a E. SPAGNESI, *Aspetti*, cit., pp. 21, 46-47 e 53 sul patto assicurativo in Bartolomeo di S. Concordio, pp. 82-84 in S. Bernardino, pp. 47 e 81-82 in Lorenzo Ridolfi, che si rifaceva a Baldo (*ivi*, p. 82 nt. 292).

(55) Anzi, il socio assicuratore doveva essere disposto a fare da assicuratore anche se non avesse stipulato il contratto di società: a riprova del fatto che Angelo riteneva lecita la fattispecie solo se i due contratti sotto cui essa poteva essere scomposta fossero sostanzialmente autonomi.

(56) I due requisiti erano così enunciati: «Primum quod socius accipiens libere hoc velit facere, non solum accipiendo tale capitale, sed etiam si non acciperet, pro tali modo assecuraret. Secundum quod tantum plus possit verisimiliter lucrari de tali societate ultra partem suam quantum est illud quod solveret pro tali assecuratione cuicunque [in altre ediz.: cuiuscunque] communiter» (ANGELUS DE CLAVASIO, *Summa Angelica de casibus conscientialibus*, II, ad v. societas, n.7: nell'ediz. Venetiis 1578 p. 418). Di questo passo di Angelo si occupata, magari per accenni, quasi tutta la storiografia che ha studiato il contratto trino, dalle vecchie ma sempre utili opere di W.J. ASHLEY, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, cit., II, p. 473 e di E. VAN ROEY, *Le contractus*, cit., p. 908 e 916 nt. 1, alle più recenti di J.P. LEVY, *Un palliatif*, cit., pp. 424-26 (che indica il n. 8 anziché il n. 7 della trattazione della *societas*) e di H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 170-71 e nt. 25; l'esposizione più esauriente è in J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., pp. 204-05.

(57) Conviene riportare i passi salienti perché sono nitidamente espressi. La questione principale era così impostata: «Dubitatur decimo: utrum in societatibus, dum unus ponit pecuniam alius facit labores: possunt simul partecipare lucrum sine nota usurae. Pro responsione nota: quod societas est fraternitas quaedam et conventio plurium contracta ob commodiorem usum, et uberiorem quaestum: ut dum plures conveniunt ad simul mercandum componentes simul pecuniam, labores et industriam ad commune lucrum. Possunt autem huiusmodi societates multipliciter contrahi. Unomodo: quod omnes socij

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

que, che sia Angelo sia Gabriel erano consapevoli della novità della loro costruzione, perché entrambi affermavano, conformemente alla dottrina tradizionale, che senza l'intervento del contratto di assicurazione era da considerare usuraio il contratto di società nel quale il socio-capitalista pattuisse di aver salvo il capitale e lasciasse poi la fissazione del lucro alla determinazione dell'altro socio (58).

---

aequaliter componant pecunias, industriam et labores. Alio modo: quod difformiter. Et hoc multipliciter. Vel quod unus tantum faciat labores, et industriam in exercitio mercantiae: alius tantum ponat pecuniam. Vel si plures concurrunt: aliqui labores, alii pecuniam, et hoc vel aequaliter aut inaequaliter ...Et omnibus his modis licita est, si haec duo serventur. Primum si mercatio ipsa, et modus eius fuerit licita ...Secundum, quod aequitas servetur in omnibus, damno scilicet et lucro: ita quod quilibet sociorum partecipet damnis, et lucris proportionabiliter secundum suos labores, industrias et pecuniam appositam ... Et quoniam aliqui apponunt laborem, industriam, vel artem et non pecuniam: oportet illa aestimare pecunia. Ratio autem quare hic licet accipere de pecunia negotiatori, et non in mutuo, haec est: quia in mutuo dominium transit in eum, qui mutuum recipit una cum periculo: ideo si mutuans accipit lucrum, accipit illud de non suo: in societate vero dominium pecuniae traditae et periculum manet apud socium: ideo si contingit lucrum de suo lucratur». Seguivano poi due corollari, che qui maggiormente interessano: «Ex eo sequitur primo, quod si in contractu societatis fiant pacta contraria: puta ut non servetur dicta aequalitas: puta ut ponens pecuniam nihil sentiat de damno: aut minus ponens plus recipiat de lucro: vel minus quam parti suae debetur et c. non est licita haec societas ...Sententia est Angeli verbo societatis § V. Secundum sequitur, quod si quis vellet capitale suum esse salvum et tamen partecipare de lucro, quantum socijs placeret: non excusatur ab usura: est enim idem, ac si mutuaret pecuniam petens lucrum ex mutuo. *Veruntamen si quis periculum summae capitalis ponentis vellet in se suscipere, et eum assecurare pro precio sibi dato non esset usura dare pro securitate: nec esset usura recipere pro periculo in se suscepto. Et similiter si quis ex socijs susciperet in se periculum: ita quod societas non staret pro periculo: posset accipere lucrum ex pecunia: et hoc modo se liberare a periculo. Haec Ange. in Sum. ubi sup.*» (G. Biel, *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum libros*, IV, dist. XV, quaest. XI, art. III: nell'ediz. Brixiae 1574 pp. 420-21). La parte finale del ragionamento è riportata in H.A. Oberman, *Werden*, cit., pp. 170-71 nt. 25; in generale se ne occupa la stessa letteratura cit. nella nota precedente. Come si vede, Gabriel, che morì nello stesso anno di Angelo, riconosceva come autorità a cui risaliva la dottrina esposta la *Summa Angelica*; è noto, del resto, che il Biel lavorò al IV libro del suo Commentario dopo la conclusione del commento sul II e sul III libro (1488-89) e fino alla morte (sul problema della datazione v. ora H.A. Oberman, *The Harvest*, cit., p.25 e e U. Bubenheimer, *Biel Gabriel*, in *Die deutsche Literatur des Mittelalters Verfasserlexikon*, I, Berlin-New York 1978, coll. 856-57). Sull'influenza di G. Biel su J. Eck v. J. Schlecht, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, in *Historisches Jahrbuch*, 36, (1915), p. 3 e ora H.A. Oberman, *op. ult. cit.*, p. 18 ss.

(58) «Utrum tradens centum ducatos in societate cum pacto quod vult ipsum capitale salvum nec vult sentire aliquod damnum: sed de lucro vult secundum discre-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Con Summenhart ci si trova di fronte ad una impostazione diversa del problema, anch'essa nettamente orientata da preoccupazioni morali ma più tradizionale, ciò che spiega la soluzione negativa infine data alla questione della liceità del contratto in esame (59). Il teologo di Tübingen, infatti, non ricostruiva i dati della fattispecie come l'insieme di due contratti (società e assicurazione), bensì considerava solo lo schema del contratto di società, sul quale scavava per esaminare innanzi tutto i fondamenti delle due opposte tesi che venivano sostenute in materia.

In sintesi, secondo la prima era lecito il contratto di società nel quale venisse aggiunto un patto che trasferisse i rischi per la perdita del capitale in capo al socio-mercante: «hoc pactum non est contra, sed praeter naturam contractus: pactum autem interpositum praeter naturam valet» (60). Secondo l'altra tesi, il contratto non poteva farsi rientrare nello schema della società perché il particolare patto aggiunto era da considerarsi «non praeter, sed contra naturam societatis»: infatti quell'accordo, sebbene potesse validamente essere annesso in altri contratti, era in contrasto con il carattere precipuo del contratto di società, che si presentava come *quoddam ius fraternitatis*. Questa seconda dottrina pertanto riteneva che ci si trovasse di fronte ad un contratto di mutuo, illecito perché diretto alla produzione di interessi (61).

L'una e l'altra tesi erano criticate da Summenhart che, prima di proporre la propria *interpretatio*, puntualizzava il concetto di *natura contractus*. La *natura* si poteva intendere in due modi: in primo luogo come *substantia*, e dunque come insieme degli elementi essenziali del contratto. Data tale accezione, occorreva riconoscere che il patto aggiunto al contratto di società non agiva *contra*, bensì *praeter naturam*, giacché lo spostamento del rischio non incideva

---

tionem socij quantum sibi placuerit dare licite faciat? R. quod non, sed est usurarius» (ANGELUS DE CLAVASIO, *Summa Angelica*, cit., II, ad v. societas, n. 7, p. 417). Il corrispondente passo di G. Biel è riportato nella nt. precedente (secondo corollario, all'inizio).

(59) Per l'illustrazione della fattispecie esaminata v. *supra*, § 1. Gli autori che più si sono soffermati sulla *quaestio* 97 sono J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 206 ss e H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 172 ss.

(60) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. VI, quaest. 97, p. 537 B.

(61) *Ivi*, p. 537 B, in fine.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sugli elementi essenziali del contratto di società (62). In secondo luogo, *natura* si poteva intendere «pro concomitante substantia contractus», cioè come il complesso degli elementi naturali che si accompagnano all'essenza del contratto (63): in tal caso era vero che la pattuizione aggiunta andava contro la natura del contratto di società, ma ciò significava appunto che restava ferma la sostanza del contratto.

Come si vede, l'analisi di Corrado si muoveva su un terreno che al *magister in artibus* era estremamente familiare, perché si riferiva alle basi della dottrina aristotelica. E, in fondo, nell'esigenza di precisare il duplice significato del concetto di *natura*, che tante confusioni poteva generare nei successivi passaggi allorché si considerava *praeter* o *contra naturam* un elemento che interveniva sull'entità analizzata, si rifletteva quel dualismo che, insito o meno nel concetto aristotelico di οὐσία, era stato comunque ricollegato ad esso. Si trattava, d'altronde, di uno strumentario che, sin dai glossatori, faceva parte del bagaglio culturale dei giuristi, che avevano combinato le categorie aristoteliche col concetto di *natura contractus* rinvenibile nel *corpus* giustinianeo. Le puntualizzazioni di Summenhart non costituivano comunque un orpello sovrapposto per il gusto dell'erudizione, bensì rappresentavano la premessa nonché il nucleo

(62) *Ivi*, p. 538 A, in fine. Summenhart, peraltro, interessato agli aspetti del peccato, aggiungeva che il fatto che non venisse intaccata la sostanza del contratto di società non significava che il contratto fosse lecito: «multa pacta contingit adijci alicui contractui, quae non tollunt substantiam contractus, immo contractus manet substantialiter, sed tamen depravant eum».

(63) *Ivi*, p. 538 B, all'inizio. Quale esempio di *natura* in questo senso Summenhart portava, in relazione all'acqua, il carattere della freddezza: «caliditas est contra naturam aquae, quia est contra frigiditatem, quae est ei naturalis» (*ivi*, ripreso anche a p. 538 B, in fine). Nella sua esposizione J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 207 propone il notissimo esempio dei due modi di intendere la *natura* in relazione all'uomo: nel primo significato (*natura* = essenza o sostanza) è della natura dell'uomo essere razionale, nel secondo significato (*natura* = qualità concomitante all'essenza, ma distinta da questa) è della natura dell'uomo avere la capacità di ridere: esempi ai quali nella *quaestio* 97 Summenhart non si richiamava e che, è appena il caso di dirlo, rientravano nella tradizione scolastica (basti citare W. OCKHAM, *Summa logicae*, pars I, cap. 24, de proprio [ediz. curata dal Franciscan Istitute, 1957, p. 72], dove si distingueva tra il '*risibile*' come potenzialità insita nella natura umana, e il '*ridens*', come accidente occasionale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dell'analisi giacché miravano a far ordine sui presupposti dell'*iter* interpretativo che l'autore intendeva sviluppare.

A questo *iter* conviene ora ritornare per vedere come il teologo applicasse le premesse così saldamente poste. Colpisce innanzi tutto la perizia con la quale Summenhart si destreggiava con le dottrine giuridiche e colpisce soprattutto la grande libertà con cui si muoveva all'interno degli schemi adoperati. Infatti, le categorie logico-formali alle quali era ancorato il ragionamento costituivano solo la cornice che delimitava le argomentazioni e la loro utilizzazione dipendeva in fondo dalla direttrice principale datasi dall'interprete, che era quella di considerare la fattispecie come espressione di un contratto di società; ma i contenuti erano tutt'altro che anchilosati entro vie rigide.

A ben vedere le premesse si compendiavano in un'affermazione molto semplice: in ogni contratto, e dunque anche nel contratto di società, vi è un'essenza da salvaguardare, che si riduce agli elementi fondamentali che lo individuano; all'infuori di tali elementi vi sono sì altri requisiti caratterizzanti il singolo contratto, ma questi lo connotano in modo non esclusivo e anzi possono essere attribuiti a questo o a quell'altro contratto secondo la volontà delle parti.

Non c'è bisogno di richiamare la matrice aristotelica e, in particolare, l'insegnamento contenuto nei *Topici*; ma mentre il *proprium* di ogni oggetto era per lo stagirita la qualità caratterizzante in modo esclusivo tale oggetto (64), Summenhart non solo ripeteva quanto una tradizione plurisecolare aveva affermato sulla derogabilità degli elementi naturali, sostenendo che i *naturalia* costituivano una mera potenzialità, che diventava attuale in virtù della volontà delle parti, bensì si spingeva alquanto oltre affermando che alla volontà era attribuito il potere di trasferire i *naturalia* da un contratto all'altro. Il risultato era quello di colmare tutto lo spazio

(64) ARISTOTELE, *Topici*, I (A), 5, 102 a, (ediz. delle *Opere*, Roma-Bari 1985, II, p.7): «"Proprio" è poi ciò che, pur non rivelando l'essenza individuale oggettiva, appartiene tuttavia a quell'unico oggetto, e sta rispetto ad esso in un rapporto convertibile di predicazione». Per rifarsi al carattere '*risibile*', di cui alla nt. 63, Ockham affermava: «Et sic 'risibile' est proprium homini; sic enim competit omni homini et soli et semper, quia Deus non posset facere aliquem hominem existere, quin ipse esset risibilis, quia vere posset ridere ...) (*op.loc.cit.*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

disponibile entro la cornice iniziale, data dai *substantialia contractus*, attraverso l'atto volitivo dei contraenti.

Vediamo infatti come procedeva Summenhart. Il nucleo della riflessione era rappresentato dal patto che tendeva a render salvo il capitale; ebbene, «non est contra essentiam societatis, quod ponens pecuniam sit liber a periculo eiusdem: nam ponentem pecuniam substare periculo eius non plus est de essentia societatis, quam sit de essentia mutui, quod mutuans sit liber a periculo pecuniae mutuatae ...» (65). Ora, non solo la possibilità di variare i *naturalia* era infinita e, per esempio, riaffermata in relazione allo spostamento del rischio in capo al venditore nella compravendita (66), ma, come detto, anche ricollegata al principio generale che riconosceva alle parti la possibilità di trasferire i *naturalia* proprii di un contratto ad un altro: «saepe naturale unius contractus apponitur alteri cui non est naturale» (67). Si trattava di un principio che può apparire banale, in quanto in fondo sembra riconducibile, quale semplice corollario, alla tradizionale teoria dei *naturalia contractus*: eppure esso era tutt'altro che pacifico — lo si vedrà contrastato e, rispettivamente, utilizzato da Ulrich Zasius e da Johann Eck nella polemica sviluppata sul contratto trino: e va detto che Eck fu allievo sia di Summenhart sia di Zasius (68) —. Soprattutto il riconoscimento di quel principio portava ad allargare considerevolmente la libertà dei soggetti nella regolamentazione dei propri interessi all'interno dello schema contrattuale prescelto, perché era altresì collegato alla semplificazione dei requisiti sostanziali necessari per ogni contratto. Torniamo infatti alla *societas* e a quella ininterrotta tradizione che, fondata su un passo di Ulpiano (D. 17, 2, 63 pr., *31 ad ed.*), definiva la *societas* come *ius fraternitatis*: poiché la definizione serviva a

(65) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract VI, quaest. 97, p. 538 B, ca. me.

(66) «Similiter non est de essentia emptionis, quod emptor substet periculo rei emptae, quia per pactum contingit illud excludi, manente substantia verae emptionis» (*ivi*). Sul problema del rischio nella compravendita, che la dottrina intermedia analizzava in collegamento col principio *res perit domino*, v. ora I. BIROCCHI, *Rischio contrattuale (dir. intermedio)*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano 1989, p. 1136 ss.

(67) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract.VI, quaest. 97, p. 539 B, all'inizio.

(68) V. oltre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

connotare la *substantia* di un oggetto (69), il *ius fraternitatis* veniva considerato come un elemento essenziale del contratto ed interpretato come necessità che i soci avessero una pari posizione (e uguali diritti) nella società (70). Per Summenhart, invece, il *ius fraternitatis* insito nella società non doveva essere interpretato secondo l'opinione comune che lo considerava violato in caso di spostamento del rischio in capo al socio-mercante: «ad fraternitatem illam, quae requiritur in societate, sufficere potest quod sint fratres in partibus lucri socialis, non autem in capitali pecunia, quia tunc semper esset etiam capitalis pecunia dividenda in fine societatis» (71). Veniva così allargata la concezione della *societas* come *ius fraternitatis* in quella direzione che, proprio in tema di usure, ha portato in fin dei conti

(69) ARISTOTELE, *Topici*, I (A), 5, 101 b, cit..

(70) Per rifarsi a due autorità del Quattrocento, l'una interessata piuttosto alla sfera etica, l'altra a quella giuridica, si possono citare ANTONINUS ARCHIEPISCOPUS FLORENTINUS, *De usuris per modum praedicationis*, cap. II, § 43, n.72, (in *Tractatus universi iuris*, Venetiis 1584, t. VII, f. 85 v) («cum enim de natura contractus societatis sit, quod partes sint aequales, habito respectu ad quotam in societate positam: cum sit quoddam ius fraternitatis) e P.P. CORNEUS, *Consilia sive responsa*, vol. I, cons. 243, nn. 2-3, (ediz. Venetiis 1572 f.229 r-v); vol. IV, cons.98, n. 1, f. 103 r; vol. IV, cons. 310, n. 1, f. 321 r. È appena il caso di notare che il concetto espresso da Ulpiano si ritrova in fonti letterarie ben precedenti a questo giurista.

(71) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. VI, quaest. 97, p.539 A, ca.me.; qualche accenno in J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 206 e H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p.173 e nt.30. Si trattava in effetti di una questione nodale che, in una società in cui una parte conferisse il capitale e un'altra il lavoro, si esprimeva nel problema di individuare se si costituisse un fondo comune (senza che permanesse la proprietà individuale in capo ai rispettivi soci conferenti le quote), oppure se ogni parte, e segnatamente il socio-capitalista, restasse proprietaria della quota conferita, al punto da poter questa essere rimborsata in qualunque momento; il problema era particolarmente vivo in caso di non espressa previsione contrattuale. Per la prima tesi propendeva la glossa (gl. *obtinuit* in C.4, 37, 1), ma la maggior parte dei giuristi e dei teologi (S. TOMMASO, *Summa theologica*, II, II, qu. 78, art.2, n.5, cit., pp. 370-71) sostenne piuttosto, con varie sfumature, la seconda. Va appena rilevato che si trattava di aspetti che involgevano la distinzione tra mutuo e società: ammettere che il socio-capitalista avesse la facoltà di ottenere indietro la somma in qualunque momento, dopo aver magari riscosso un utile, accostava la fattispecie al mutuo; d'altronde, poteva essere obiettato che la facoltà di chiedere il rimborso del capitale era inerente alla qualità di proprietario del socio-capitalista e che proprio questo carattere lo distingueva dalla figura del mutuante. Segue le principali posizioni dottrinali W. ENDEMANN, *Studien*, cit., I, pp. 366-68 e 378-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allo sfaldamento dei legami corporativi e al liberalismo economico, nel quale «all are "brothers" in being equally "others"» (72).

Fin qui arrivava l'analisi strutturale compiuta da Summenhart con l'uso finissimo della tradizionale teoria dei *substantialia* e dei *naturalia contractus*; e si può dire che lo «scavo» mettesse in discussione certezze consolidate perché, ridotti al minimo e interpretati restrittivamente gli elementi essenziali e dichiarata la possibilità che gli elementi naturali di un certo contratto potessero essere «trasferiti» in un altro, rimaneva ben poco di quella struttura caratteristica e «unica» che secondo la dottrina tradizionale individuava ciascuno schema contrattuale. Era questa un'implicazione che in piena consapevolezza il teologo di Tübingen avvertiva e di fronte alla quale era pronto a trarre le ulteriori conclusioni: dinanzi ai dati oggettivi di una fattispecie l'interprete non può mai stabilire quale sia lo schema contrattuale posto in essere, giacché gli elementi strutturali sono in sé ambigui. Né vale dire che, nel caso in esame, l'elemento che deriva dal patto aggiunto (il rischio addossato a colui che riceveva la somma) è per lo più proprio del contratto di mutuo, giacché è facile obiettare che quell'elemento non è sufficiente a qualificare la fattispecie come mutuo, non essendone un *substantiale*: per qualificare il rapporto occorre dunque analizzare non solo la struttura della fattispecie (*natura et forma*), ma anche l'intenzione delle parti (73).

Il richiamo all'elemento dell'*intentio* è stato ricondotto dalla

---

(72) L'espressione è di B. NELSON, *The Idea of Usury*, cit., p. xxv, che al tema dedica l'intero testo (v. anche pp. 26-27 e *passim*).

(73) Il passo che interessa è il seguente (A è il socio-capitalista, B il socio-mercante): «non ex forma tantum, nec ex natura, sed ex forma una cum intentione A contingit illum contractum habere, quod sit societas et non mutuum: quod patet, quia forma tradendi posita in titulo est communis traditioni sociali, et traditioni mutui. Uterque enim tradit pecuniam alteri: et quamvis pactum adiectum prae se ferat, vel praeferat speciem mutui: tamen non arguit quod ergo ibi sit vere mutuum: quia saepe naturale unius contractus apponitur alteri, cui non est naturale. Nec tamen arguit illum alium esse essentialiter talem, cui illud est naturale. Quod autem ex intentione, et forma simul possit habere, quod sit societas, patet: quia si A intendit transferre interusurium et consequenter dominium pecuniae in B translatione abdicativa est mutuum. Si autem tantum translatione communicativa faciendo B condominum eius, impossibile est esse mutuum, sed erit societas» (C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. VI, quaest.97, p.539 B, all'inizio). .

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storiografia a un filone di pensiero che risale a Jean de Gerson (74); ed è facile, del resto, ricollegare il grande valore attribuito all'intenzione ai profili eminentemente etici che interessavano il teologo. Ma vi è qualche notazione più specifica da fare. In prima approssimazione si può dire che il ricorso all'intenzione delle parti (anzi: della parte, ché rilevava l'atteggiamento della volontà del socio-capitalista) era per Summenhart una via obbligata, dal momento che l'analisi sui dati oggettivi aveva dimostrato che *natura* e *substantia* non erano sufficienti a definire la fattispecie contrattuale; a ben vedere, tuttavia, non si trattava semplicemente di una via obbligata bensì dell'orientamento consapevole che si riscontra in tutta l'opera del maestro di Tübingen, se la si legge in tutta la sua ricca articolazione.

Infatti, sin dall'inizio, allorché affronta il problema della definizione del contratto, Summenhart guarda al contratto obbiettivamente e dunque allo schema che prende forma e agli effetti che si producono (75): la struttura del contratto è quella che si presenta nell'ordinamento ed è l'unica meritevole di essere analizzata da una scienza — sia essa teologica o giuridica — che ha per oggetto i fatti depurati dai mutevoli ed accidentali caratteri impressi dalle volontà individuali. Quando si tratta però di analizzare concretamente questa o quella fattispecie, l'aspetto soggettivo diventa determinante

(74) Così J.T. NOONAN jr. *The Scholastic Analysis*, cit., p. 207, ma, come spesso accade, è arduo rintracciare la paternità di idee che appartengono piuttosto ad un ambito culturale più che a un singolo personaggio. Nel caso in esame, ad es., si potrebbe con altrettanta fondatezza risalire a Pierre d'Ailly — che fu del resto il maestro di Gerson —, che guarda all'*intentio usuraria* nel considerare le fattispecie contrattuali (un esempio in H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 16 nt. 68). Sta di fatto, comunque, che, come riconosce Oberman, rispetto all'elemento della sopportazione del rischio «zentraler Bezugspunkt ist die Intention» (H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 173)

(75) È noto che Summenhart operava una triplice distinzione in ordine alla definizione del contratto a seconda che lo si intendesse *proprie*, *improprie* o *magis improprie*, cioè a seconda che come essenza del contratto si riconoscesse il sorgere dell'obbligazione dell'una e dell'altra parte, oppure che bastasse l'obbligazione di una delle parti o, infine, che si facesse rientrare anche l'ipotesi di scioglimento di una precedente obbligazione. Al di là di queste distinzioni il contratto era comunque definito «quoddam factum (nam contractus consistit in facto) seu est quidam actus, ex quo actu vel facto oritur [o «dissolvitur» nel contratto inteso *magis improprie*] obligatio» (C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. I, quaest. 16, pp. 49-50; v. anche, *ivi*, l'ulteriore definizione data nella *quarta conclusio*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

insieme alla struttura ed in ultima conclusione, anzi, appare decisivo perché sono gli uomini o, nel contratto, le parti contrattuali i protagonisti del rapporto. Era la via, questa, attraverso la quale veniva scardinata la tradizionale distinzione tra la categoria dei contratti nominati e quella dei contratti innominati (76); in tale ottica, ad esempio, va intesa l'affermazione, peraltro non nuova, che anche in presenza dell'elemento del prezzo, dal diritto romano individuato come un *substantiale* della compravendita, per discernere se un contratto è una permuta o una compravendita occorre guardare all'*animus* dei contraenti (77). In conclusione, Summenhart riconosceva «quod in casu quaestionis sit substantialiter et essentialiter vera societas inter A et B», purché ovviamente A avesse tale intenzione (78) e purché non venisse violata la *iustitia commutativa*, la quale imponeva che lo spostamento del rischio per la perdita del capitale fosse compensato con un corrispettivo a favore del sociomercante su cui gravava il *periculum* (79). Tuttavia il contratto era illecito perchè , nonostante che l'*intentio* fosse diretta a dar vita a una *societas* e dunque di *societas* si trattasse, i terzi non potevano conoscere l'interno volere delle parti, ma solo la *forma* del contratto, che si presentava identica a quella del mutuo: ammettere il contratto avrebbe pertanto significato dar adito a scandalo, suscitare l'infamia per il crimine di usura e, in definitiva, aprire le porte alle usure stesse (80).

---

(76) Si rinvia a G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano 1972, p.120 ss. Qualche spunto in I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988.

(77) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. I, quaest. 17, p. 52 B. Di lì a non molto il Villalobos inserirà tale dottrina tra le *opiniones communes* (I.B. a VILLALOBOS, *Opiniones in iure communes*, ad v. contractus, n. 192: ediz. Venetiis 1564 pp. 81-82).

(78) C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., tract. VI, quaest. 97, pp. 539-40.

(79) *Ivi*, p. 540, ca. me.

(80) Il punto essenziale è il seguente: «Casus quaestionis est illicitus, A etiam si minimam partem lucri velit habere. Probatur quia, etsi stet, quod sit substantialiter societas, immo societas non continens iniquitatem contra B, tamen habet speciem mutui usuraij: quia traditio illa quantum est ex forma sua, per omnia est forma, in qua sit mutuatio: quamvis non sit propria mutuationi, et licet intentio posset facere, quod non

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Prevaleva in questa soluzione la preoccupazione morale, che induceva a dichiarare illecito un contratto alla cui legittimità intrinseca era stata dedicata tutta la minuziosa indagine precedente: ed era una conclusione coerente con l'orientamento che Summenhart aveva esplicitamente enunciato come ispiratore dell'opera (81).

Esula dai compiti del presente lavoro studiare l'intero *Tractatus de contractibus* e quindi proporne una valutazione complessiva. Ma per quanto qui interessa si può rilevare che non sembra appropriato considerare l'utilizzazione del metodo casistico da parte di Summenhart come una via per sbrigare il difficile compito di esaminare i contratti usurai, come se egli non avesse il coraggio di ammettere apertamente la liceità del mutuo con interessi (82). Quanto al coraggio, sicuramente Summenhart ne era provvisto, come dimostra il coevo *Tractatulus de decimis*, tutto teso a dimostrare che la corresponsione delle decime non rientrava affatto tra i doveri imposti dal *ius divinum* (83). Quanto all'uso del metodo casistico, esso non può essere riduttivamente interpretato come dovuto all'intento di «aggirare» il divieto di usure, giacché invece costituiva lo strumento attraverso il quale, assai liberamente, procedeva l'analisi dei contratti (84).

Si potrà dire che si trattava di uno strumento tradizionale, tipico della cultura medievale, che tra l'altro rende l'opera pesante e per molti versi di lettura faticosa; ma era il metodo che il maestro di Tübingen padroneggiava mirabilmente e che gli consentiva di approfondire l'analisi dei singoli contratti con risultati a cui la coeva

---

esset mutuatio: tamen illa non constet hominibus. Ideo ille contractus natus est infamare A de crimine usurae, et sic A contrahendo agit contra charitatem suijpsius, et etiam ille contractus natus est scandalizare proximum, quia ex hoc accipiet proximus occasionem, etiam contractum, qui ex intentione est mutuum usurarium exercere. Item si admitteretur ille contractus, aperta esset ianua omnibus usuraijs» (*ivi*, p. 540 A, in fine).

(81) «Ille contractus, ut iniquus in foro conscientiae, damnandus est, qui charitati, quae ad proximum est, adversatur» (C. SUMMENHART, *Tractatus de contractibus*, cit., proemio); cfr. le acute notazioni di H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 173-74.

(82) È questa una considerazione che sembra emergere in H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 10 e soprattutto p. 19.

(83) Lo sottolinea H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., spec. p.200.

(84) Si rinvia alle considerazioni di P. GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., spec. p. 127 sul significato dell'utilizzazione del metodo casistico da parte dei teologi-giuristi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

scienza teologica e per vari aspetti quella giuridica non erano ancora giunte in modo così nitido.

Del resto, più in generale, a proposito del problema delle usure è stato riconosciuto che Summenhart, proprio utilizzando il procedimento formalistico, ha intrapreso «the most critical and comprehensive examination of all the arguments showing the unnaturalness of usury ... and the result of this unprecedentedly through review is a revolutionary conclusion» (85): a prescindere dal sarcasmo col quale Dumoulin valutò le sue posizioni, si trattava, in fondo, di analisi alle quali attinse lo stesso giurista francese e, come noto, furono assai simili i risultati a cui giunsero, proprio nel cinquantennio che separa l'opera di Summenhart da quella di Dumoulin, da un lato una parte della dottrina di matrice cattolica e, dall'altro, il filone del pensiero calvinista (86).

Si può ora concludere il discorso che ha preso l'avvio dall'esame della *questio* 97 del *Tractatus de contractibus*. Anziché seguire la via tracciata da Angelo da Chivasso e da Gabriel Biel, che portava a considerare la fattispecie come l'insieme di due contratti (società e assicurazione), Summenhart si rifaceva, come sempre nella sua opera, allo schema contrattuale che più pareva adeguarsi al caso concreto e vi scavava studiandone i *substantialia* e i *naturalia* (87). Analisi strutturale del contratto, dunque, ma non meccanico confronto fra gli elementi oggettivi di contratti pensati come «tipi» tra loro non comunicanti: al contrario, Summenhart guardava a schemi flessibilissimi, spesso dotati di una struttura tra loro simile e tali da poter essere individuati solo in base alla intenzione delle parti: in

(85) J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 340 (e nelle pagine ss. vengono illustrate le posizioni radicali di Summenhart).

(86) Già il Noonan, *ivi*, p. 344 nt. 13, ha rilevato che troppo spesso la storiografia ha accreditato la caricatura di Summenhart fatta da Dumoulin, senza peraltro che essa abbia studiato direttamente l'opera del teologo tedesco; v. ora J.L. THIREAU, *Charles Du Moulin (1500-1566)*, Genève 1980, p. 353, nt. 28 (sulla dottrina delle usure del giurista francese, anche in rapporto alle teorie scolastiche, v. p. 348 ss.).

(87) Questo aspetto di fondo sembra essere sfuggito al pur ottimo Ott, che studiando le posizioni di Summenhart sul contratto di rendita, si è imbattuto più volte (H. OTT, *Zur Wirtschaftsethik*, cit., p. 10 nt. 38 e p. 19 nt. 79) nell'analisi svolta dal teologo sulla *natura* di quel contratto ed in ciò che si richiede «substantialiter ad veram rationem mutuationis», senza peraltro soffermarsi sull'importanza di questi concetti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

particolare la considerazione mobilissima dei *naturalia* — cioé di quegli elementi che hanno in sé una valenza ambigua perché, mentre fanno parte della struttura del contratto, sono modificabili o derogabili dalla volontà dei contraenti (88) — consente l'espansione massima che, all'interno di ogni schema, poteva ottenere la volontà dei soggetti.

Questa era l'ottica con la quale il teologo guardava alla materia dei contratti (89). E va da sé che, allorché agli occhi di Summenhart si presentasse un conflitto tra istanze individuali ed esigenze sociali, queste ultime erano preferite; così nel contrasto tra l'esigenza di dar corso ad un contratto di società senza rischi di perdita del capitale per il socio-conferente, in sé lecito, e quella di evitare lo scandalo in seno alla comunità, il teologo sacrificava gli interessi individuali. Lo schema del contratto era infatti analogo a quello del mutuo, la cui funzione era solo quella di soccorrere chi si trovasse in stato di bisogno: da qui lo scandalo che sarebbe nato dall'ammettere un simile contratto.

Il superamento delle posizioni di Summenhart presupponeva in realtà l'abbandono di quest'ottica: si ebbe allora il privilegiamento delle istanze individuali e i contratti furono compiutamente considerati come proiezione del soggetto; e fu poi questo l'atto di nascita del contratto-paradigma.

3. *Uno sguardo alla dottrina profana: le posizioni di Kuppener.*

Non sussiste un rapporto di derivazione diretta della dottrina del contratto trino dall'elaborazione di Summenhart, che, anzi, come si è visto, batte un'altra strada, più tradizionale, rispetto a quella che, basata sulla combinazione di due contratti, fu indicata da Angelo da Chivasso e da Gabriel Biel (90). Ciononostante appare

---

(88) Sull'ambiguità dei *naturalia* v. P. GROSSI, *Sulla 'natura'*, cit., pp. 608 e 611-12.

(89) L'ha colta molto bene, seppur sinteticamente, C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen*, cit., p. 552.

(90) Appare alquanto approssimativa l'affermazione di E.Van ROEY, *Le contractus*, cit., p. 916 nt.1, secondo cui Summenhart non difese esplicitamente il contratto trino. Due tra le migliori opere che nel secolo scorso hanno aperto il campo degli studi sulla dottrina delle usure e che hanno dedicato una trattazione abbastanza dettagliata al

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fondato il collegamento tra le posizioni del teologo di Tübingen e quelle di Johann Eck, che fu il primo a considerare la fattispecie come la risultante di tre differenti contratti (vi comprendeva anche la stipulazione di un lucro certo e predeterminato a favore del socio-capitalista) (91). A parte, infatti, la circostanza che Eck fu allievo, anche se per breve tempo, di Summenhart (92), verso il quale nutrì sempre un sentimento di devozione (93), nelle straordinariamente eclettiche opere sulle usure del futuro avversario di Lutero vi sono parecchi punti di contatto con l'insegnamento del maestro, segnatamente in relazione all'applicazione del concetto di *natura contractus*. Ed è sotto questo profilo che qui interessa la dottrina del contratto trino.

Il quindicennio che separa il *Tractatus de contractibus licitis atque illicitis* dall'elaborazione di Eck fu denso di effervescenza negli ambienti mercantili e bancari tedeschi, che rafforzarono il proprio ruolo sociale e instaurarono strette relazioni con una parte almeno dell'intellettualità, oramai fortemente connotata da un'educazione umanistica: ne furono tra le più evidenti espressioni il dibattito sulla que-

---

contratto trino non menzionano Summenhart tra i «padri» di questa figura contrattuale: W. ENDEMANN, *Studien*, cit., soprattutto I, p. 368 ss e 384 ss e II, pp. 310-12 e W.J. ASHLEY, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, cit., II, p.471 ss.

(91) È del tutto pacifico nella storiografia che l'elaborazione della dottrina del contratto trino nella sua forma compiuta risalga a J. Eck: per tutti v. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 209.

(92) Dopo essersi immatricolato a Heidelberg (1498), Johann Eck (che allora conservava ancora il cognome originario: Hans Maier, o Mayr, o Meyer) si trasferì a Tübingen (l'immatricolazione è del 1499), dove tra gli altri ascoltò le lezioni di Summenhart e ottenne il titolo di *magister artium* (1501); nello stesso anno si trasferì a Köln, iscrivendosi nella Facoltà teologica: v. le sempre utili opere di T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., pp. 8-9, J. SCHLECHT, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, cit., p. 3 e ora E. ISERLOH, *Johannes Eck (1486-1543). Scholastiker, humanist, kontroverstheologe*, Münster 1985, pp. 7-8.

(93) Chiare testimonianze si hanno nei manoscritti di Eck, tuttora inediti, a proposito dei contratti usurai e del contratto trino: una è riportata da H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p.183 nt.67, un'altra si trova in Universitätsbibliothek München (d'ora in poi:UBM), 2 Cod., Ms. 125, f.119 r: si ritornerà diffusamente più avanti su questo manoscritto. Per una testimonianza della fierezza con cui Eck, quasi alla fine dei propri giorni, nel 1540, ricordava Summenhart, v. J. SCHLECHT, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, cit., p. 3 nt. 2 e p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stione del monopolio (94) e l'attenzione dedicata alla teoria dell'uso della moneta, specialmente in seno alla scuola di Tübingen (95).

In questo quadro fiorirono anche opere profane in materia di diritto commerciale e specificamente in tema di contratti usurai, di cui un precoce esempio è costituito dai *Consilia elegantissima in materia usurarum et contractuum usurariorum* di Christoph Kuppener (ca.1466-1511): opera poco nota, nonostante che sia stata «scoperta» nel secolo scorso da una storiografia diventata classica su questi argomenti (96).

Christoph Kuppener — Syndicus del *Rat* a Braunschweig, dottore *in utroque* e professore a Lipsia negli ultimi anni della sua vita (97) — fu un personaggio direttamente impegnato nella vita

---

(94) Punto di riferimento obbligato è la monografia di J.HÖFFNER, *Wirtschaftsethik*, cit., che studia i monopoli nel XV e XVI secolo ed il dibattito dottrinale; per una panoramica d'insieme v. anche R. De ROOVER, *Monopoly Theory prior to Adam Smith: a Revision*, (1951), ora in ID., *Business, Banking*, cit., spec. p. 276 ss e H. KELLENBENZ, *Monopol*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 19 Lieferung, (1980),col. 633 ss. Per quanto detto nel testo sono di particolare interesse i pareri sulla questione dei monopoli di Conrad Peutinger (1465-1547), umanista attivo ad Augsburg, che tra l'altro mise in rapporto i Fugger con J. Eck (v. oltre, ntt.124-25): ne studia ora gli aspetti giuridici K. NEHLSEN-Von STRYK, *Die Monopolgutachten des rechtsgelehrten Humanisten Conrad Peutinger aus dem frühen 16. Jahrhundert*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 10, (1988), n. 1/2 (alle pp. 2-3 una sintesi delle tesi principali che emergono nella storiografia sulla collocazione di Peutinger nell'ambito della storia del pensiero economico).

(95) H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 165 ss.

(96) L'opera fu stampata a Lipsia nel 1508. Se ne sono occupati T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener*, cit. pp. 149-196 (riprodotto in ID., *Aus dem Universitäts- und Gelehrtenleben im Zeitalter der Reformation*, Amsterdam 1966 [= Erlangen 1866], pp. 129-96, che contiene un'appendice, pp. 406-14, con ulteriori fonti sulla vita del giurista) e M. NEUMANN, *Geschichte*, cit., pp. 47-49, 462, 468-70, e 584-608 (in quest' ultimo gruppo di pagine sono riportati stralci dell'opera del Kuppener, nell'edizione in lingua tedesca). A tali lavori si rifece la letteratura successiva, nella quale, oltre a W. ENDEMANN, *Studien*, cit., *passim*, si segnala J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik*, cit., p.15 e 93 e ID., *Statik und Dynamik*, cit., p. 7 (l'autore afferma che il Neumann stampò il testo del trattato del Kuppener: in proposito è più precisa l'affermazione a p. 93 nt. 2) e il recente E. LUTZ, *Die rechtliche Struktur*, cit., I, p.131 ss, che però si basa sui brani pubblicati dal Neumann. Per la notazione sulla scarsa conoscenza del genere letterario cui appartiene l'opera di Kuppener v. K.O SCHERNER, *Die Wissenschaft*, cit., p. 830.

(97) La biografia più recente quella di M. HAMM in *Die deutsche Literatur des Mittelalters. Verfasserlexikon*, 5, Berlin-New York 1985, ad vocem, coll. 448-52. Sull'at-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mercantile (98) e questo forse spiega il suo interesse per la materia e una certa coloritura pratica che appare nell'opera, sebbene questa sia fondamentalmente caratterizzata dal suo scolasticismo; è significativo, del resto, che essa, apparsa contemporaneamente nella lingua nazionale, sia una delle più antiche espressioni della letteratura del diritto comune in tedesco (99).

Forse non è esatto affermare che il trattato di Kuppener si colloca come momento finale di un filone che comprenderebbe opere come quelle di Francesco da Platea, Johann Nider, Conrad Summenhart e Giovanni da Capistrano (100): da parte del professore di Lipsia appare più diretta la conoscenza della dottrina giuridica, ma soprattutto l'interesse per i profili etici, che pure è evidente, si manifesta tuttavia in funzione di soluzioni date nel campo del diritto. Ciononostante, le posizioni rientrano tutte, senza novità, nel solco della tradizione canonistica, a cominciare dal principio che l'usura è contro natura perché il denaro è un qualcosa di artificiale, che in quanto tale non può produrre frutti (101). Il Kuppener indicava 12

---

tività di professore a Lipsia, nell'ambito della quale si segnala il commento all'Aut. Habita, v. E. FRIEDBERG, *Die Liepziger Juristenfakultät. Ihre Doktoren und ihr Heim, [Festschrift zur feier des 500 jährigen Bestehens der Universität Leipzig, II]*, Leipzig, 1909, p. 19 e p. 126 n. 50.

(98) Sulla sua partecipazione ad una *societas stanni*, che era una sorta di società per azioni nella quale investì una somma ingente, v. T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener*, cit., p. 166 ss e M. NEUMANN, *Geschichte*, cit., pp. 461-62.

(99) *Ein schons buchlein czu deutsch, doraus ein itczlicher mensche was standes er sey lernen mag was wucher und wucherische hendel vortilget unn was der berg der mildigkeit der dy wucherischen hendel vortilget unn in deutschen landen bissher unbekant gewest ist, in sich helt. Auch was rechte unn unrechte kaufmanschaft unn hendel gesein und wechsel aller wechseler des wechselgeldes Durch den achtbarn hochgelerten unn gestrengen.hern Cristoferum* CWPPENER *der freyen kunsten unn beider recht doctoren und ritter. got czu lobe und gemeinen nutz czu gut gemacht und geendet*, Leipzig 1508. Il testo tedesco non appare come una semplice traduzione dal latino (così invece afferma M. HAMM, *Kuppener*, cit., col. 449) perché contiene notizie personali e perché rende abbastanza liberamente l'originale latino: si avrà occasione di riscontrarlo e intanto cfr. T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener*, cit., pp. 184-85.

(100) Così invece T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener*, cit., pp. 182-84.

(101) «Si quis mutuat pecuniam ad usuram facit contra naturam ... in usura vero ipsa pecunia que est quoddam artificiale generat pecuniam quo ad id quod recipitur ultra sortem et quia pecunia non est disposita nisi ad emendum non ad fenus exercendum» (C. CWPPENERIUS, *Consilia elegantissima in materia usurarum & contractuum usurariorum,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi in cui il *recipere ultra sortem* era consentito dal diritto ed inoltre aggiungeva alcune altre ipotesi — quale quella che le usure fossero da considerare come compenso per il lucro cessante (102) o che fossero ritratte dalla vedova che avesse affidato il proprio denaro ad un banco (103), o ancora che fossero ricevute come compenso dell'attività prestata in occasione di un mutuo (104) — che peraltro configuravano casi che la dottrina considerava generalmente nell'ambito delle eccezioni al principio generale (105).

A più riprese Kuppener trattava del contratto di società in connessione col problema delle usure, ed anzi lo spazio riservato a tale questione appare senz'altro notevole (106), a testimonianza dell'uso di quello strumento giuridico da parte di chi intendesse far fruttare una somma di denaro; ma la trattazione casistica non rivela alcuno sforzo diretto a nuove elaborazioni, bensì solo una tendenza alla sintesi delle posizioni consolidate in dottrina (107). Così la storiografia che accoglie la tesi dell'«aggiramento» del divieto di usure attraverso l'uso simulato di strumenti quali il contratto di società o il contratto trino ha potuto concludere che con Kuppener

---

f.A[6] r. Il testo di Kuppener, sia nell'edizione tedesca sia nell'edizione latina, è qui citato secondo gli esemplari conservati in ripr. facs. al Max Planck Institut für Rechtsgeschichte, Frankfurt am M.).

(102) *Ivi*, f.B 1 r.

(103) *Ivi*, f.B 1 r. Nell'edizione in lingua tedesca questa ipotesi è considerata a parte, come 13° caso (C. CWPPENER, *Ein schons buchlein czu deutsch*, cit., f.C 1 v). M. NEUMANN, *Geschichte*, cit., p.463 nota che Kuppener qui si contraddice perché fa valere il principio, che in generale egli respinge, che la buona finalità possa operare nel senso di far venir meno il peccato di usura. Ma si può obiettare che anche nel 9° caso di usure lecite (C. CWPPENERIUS, *Consilia elegantissima in materia usurarum*, cit., f.B 1 r) rileva l'intenzione, con una formulazione che addirittura sembra di portata generale: «in usura maxime attenditur hominis intencio»

(104) C. CWPPENERIUS, *Consilia elegantissima in materia usurarum*, cit., f.B 1 r.

(105) *Ivi*, ff.A[6] v-B 1 r.

(106) Lo nota E. LUTZ, *Die rechtliche Struktur,* cit., I, p. 132.

(107) V. in particolare C. CWPPENERIUS, *Consilia elegantissima in materia usurarum,* cit., f.B 2 r-v, corrispondente al f.C 4 r-v della versione tedesca, sul problema della liceità della società in cui un socio conferiva il denaro e l'altro l'opera, risolto in senso affermativo a condizione che venissero ripartiti lucri e perdite (ed il giurista faceva un fuggevole riferimento al concetto di *natura societatis*). Seguiva l'esame di altri problemi concernenti contratti di mutuo con produzione di interessi giustificati dal lucro cessante o dalla *ratio laboris*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non si realizza un simile aggiramento ([108]); e può apparire strano che un giurista interessato alla vita economica, impegnato nella carriera pubblica e persino aperto ai fermenti della cultura umanistica ([109]) ripiegasse sulle posizioni della scienza canonistica. Ma invece proprio la testimonianza di Kuppener conferma che dinanzi ai problemi implicanti direttamente il *periculum animae* il giurista si arrestava: e gli spunti per nuove soluzioni si ritrovano in personaggi che erano ben addentro al mondo della Chiesa, dotati di robusto intelletto come Summenhart e spesso di notevole autorità, come Angelo da Chivasso o come il Cajetanus, che si studierà più avanti.

Ne è una conferma la vicenda di Johann Eck, l'ancor giovane teologo di Ingolstadt che, in un momento di straordinaria libertà nel mondo della Chiesa, seppe coniugare le proprie capacità dialettiche, la preparazione nella teologia e nelle arti e gli interessi che derivavano dai legami con l'ambiente mercantile di Augsburg per prospettare una soluzione nuova alla questione esaminata dai suoi predecessori.

4. *Johann Eck e il contratto trino: considerazioni introduttive.*

Per entrare in scena su questi problemi, Eck non poteva che cimentarsi sul terreno del diritto e utilizzare l'armamentario e le dottrine che erano propri dei giuristi. E, in effetti, a leggere i suoi trattati sulle usure e il contratto trino si rimane colpiti dalla capacità di destreggiarsi in un ambito che a prima vista appare lontano dal suo profilo professionale. Ora, sul livello della sua preparazione giuridica si possono tranquillamente lasciare da parte le testimonianze coeve, sia quelle di contenuto elogiativo ([110]), sia quelle che espressero una valutazione assai critica ([111]); si tratta, infatti, di

---

([108]) M. NEUMANN, *Geschichte*, cit., p. 462.

([109]) Lo nota T. MUTHER, *D. Christoph Kuppener*, cit., p. 178 con riferimento particolare alla *Oratiuncula in laudem iurium* (1507).

([110]) In una lettera di Scheurl a Jodocus Trutvetter, del 15 novembre 1514, proprio in relazione alla discussione sui contratti usurai, Eck era definito «ein junger, unerschrockener Theologe und Rechtskundiger» (la lettera è riportata da J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck und das kirchliche Zinsverbot*, in *Historisch-politische Blätter für das katholische Deutschland*, CVIII, (1891), p. 633).

([111]) Si può ricordare il duro giudizio di Zasius espresso nella polemica svilup-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attestazioni ricollegabili al clima polemico nel quale si trovò ad operare il teologo, e dunque fortemente sospette.

Un giudizio verrà dato più avanti, dopo che saranno state esaminati i suoi trattati; per intanto, tuttavia, è opportuno svolgere qualche considerazione generale sull'approccio di Eck con il diritto.

Formatosi in centri scolastici di indirizzo nominalista ([112]), il teologo ebbe viva l'attenzione verso la pratica in un momento in cui, nel clima umanistico prevalente, vi era un forte stimolo per lo studio di branche come il diritto, la politica e l'economia e in cui, in particolare, la scienza teologica appare veramente rivolta a costruire

---

patasi nel 1518-19 con l'antico allievo sul problema se fosse da mantenere la *fides* di fronte al nemico (v. S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance, 1461-1535 [Ius commune. Sonderhefte, n 31]*, Frankfurt am Main 1987, p. 120). Nella stessa circostanza v. anche i severi apprezzamenti di Peutinger che, già protettore di Eck ai tempi della discussione sul contratto trino, abbandonò poi il teologo di Ingolstadt; in una lettera scritta a Zasius all'indomani della risposta data dal professore di Freibug a Eck, Peutinger così scriveva: «Mihi quidem,et caeteris pluribus jura profitentibus, quibus Eckius cavillationibus suis in te congestis, ut parum in jure versatus, dudum stomachum moverat ...» (la lettera è riportata in T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 334 e nt. 6).

([112]) Punto di partenza di ogni studio su Eck rimane ancora la monumentale monografia dedicatagli da T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., ma naturalmente la letteratura su un simile personaggio è vastissima e si è recentemente incrementata, con scritti che peraltro spesso non aggiungono niente di nuovo, in occasione del cinquecentenario della nascita (1986). Una bibliografia ragionata si trova ora in M. ZIEGELBAUER, *Johannes Eck. Mann der Kirche im Zeitalter der Glaubensspaltung*, Sankt Ottilien 1987, pp. 275-90. In particolare sui rapporti tra Eck e la scuola di Parigi (Crockaert e Mair: quest'ultimo veniva spesso citato da Eck nel trattato sul contratto trino) v. A. SEIFERT, *Logik zwischen Scholastik und Humanismus. Das Kommentarwerk Johann Ecks*, München 1978, pp. 18-19 e 38. Sulla sua formazione ockhamista v. J. SCHLECHT, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, cit., p. 3, ma il teologo tedesco fu comunque seguace di un «lässiger Nominalismus» (A. SEIFERT, *op.ult.cit.*, p. 61 ss) e la sua adesione alla *via moderna* si situò nell'ambito del superamento del conflitto tra le due scuole (H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 163 e 174). Si parla perciò di sincretismo di Eck (C. PRANTL, *Geschichte der Logik im Abendlande*, IV, Graz 1955 (= Leipzig 1870), p. 285, G. RITTER, *Via antiqua und via moderna*, cit., p. 75 e ora S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., pp. 37 e 110), che è sicuramente il connotato fondamentale delle sue opere dal 1516 in poi (v. J. GREVING, *Johann Eck als junger Gelehrter. Eine literar-und dogmengeschichtliche Untersuchung über seinen Chrysopassus praedestinationis aus dem Jahre 1514*, Münster i. W. 1906, pp. 94 e 100, con le precisazioni del più volte cit. Seifert, spec. pp. 58-59, 73, 136 nt. 4 e 148 nt. 99).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una nuova filosofia del mondo (113): è questo il retroterra che spiega i grandi trattati *De iustitia et de iure* dei teologi della Seconda Scolastica — forma letteraria che esprime, sia nella veste esterna sia nello spirito e nei contenuti, il superamento del genere delle *Summae confessorum* (114) — ma anche, per converso, l'apparire di tante opere, specialmente in materia di usure, che stanno a metà strada tra la teologia e la giurisprudenza (115). Lo stesso biografo di Eck, del resto, per spiegare l'interesse allo studio del diritto a Freiburg da parte del futuro avversario di Lutero, ha rilevato che, specialmente per i teologi, era necessaria una formazione nelle diverse branche della scienza (116). A Freiburg, come è noto, Eck ebbe tra i suoi maestri anche Zasius, con il quale si instaurò un rapporto non occasionale, come traspare dalle successive polemiche (117).

Naturalmente dovette trattarsi di un apprendimento delle linee generali del diritto, senza quell'approfondimento che era necessario

---

(113) V. le notazioni di L. PEREÑA VICENTE, *L'Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español en el siglo XVI*, Salamanca 1954, p. 18.

(114) È d'obbligo rinviare a P. GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 134.

(115) Un esempio significativo, che aiuta a comporre il quadro in cui si svilupparono le discussioni alle quali prese parte Eck, è dato da Ulrich Krafft (ca. 1460-1516), umanista di formazione giuridica e nel contempo uomo di Chiesa, maestro di Zasius, che ebbe per lui sempre un ricordo devoto, amico di Summenhart e autore, tra l'altro, di un trattato in tema di contratti usurai: v. K.K. FINKE, *Die Tübinger Juristenfakultät*, cit., pp. 131-39, 219 e 231; il giudizio espresso nel testo è *ivi*, p. 137.

(116) T. WIEDEMANN, *Dr Johann Eck*, cit., p. 19.

(117) Ebbe il primo approccio col diritto quando era ancora bambino, durante i suoi primi studi a Rottenburg, mentre seguiva un piano di letture orientato verso un'educazione classica (la testimonianza è dello stesso Eck ed è riportata da T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., pp. 4-5). A Freiburg i.B., dove si immatricolò nel 1502, i suoi maestri di diritto furono, oltre a Zasius, Angelus da Besançon (Besutius), Paolo Cittadini e Blasius Aichhorn (*ivi*, pp. 20-22, S.W. ROWAN, *Ulrich Zasius and John Eck: "Faith Need Not Be Kept With an Enemy"*, in *The Sixteenth Century Journal*, VIII, (1977), n. 2, p. 80 e ID., *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., p. 109); è noto che molti studenti seguivano i corsi di Zasius anche se iscritti a una Facoltà non giuridica e ciò anche dopo il 1505, anno a partire dal quale il grande umanista insegnò solo il diritto (prima di ottenere l'insegnamento di Istituzioni, nel 1505, Zasius aveva «letto» poesia ed aveva tenuto corsi di logica: R. STINTZING, *Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation*, Basel 1857, p. 39 e S.W. ROWAN, *op. ult. cit.*, pp. 42 e 75-76). Sulle lezioni dell'umanista tedesco v. H. THIEME, *Les leçons de Zasius*, in *Pédagogues et juristes*, Paris 1963, p. 31 ss. Sui rapporti tra Zasius ed Eck v. anche oltre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

per conseguire il dottorato; tuttavia non è azzardato affermare che questa formazione fosse sufficiente a dare al giovane *magister in artibus* gli elementi fondamentali non solo per potersi orientare nella dottrina giuridica, ma anche, almeno in relazione ai suoi fini, per potersi di volta in volta misurare, nella tematica prescelta, scendendo sul terreno della scienza del diritto. In ciò era del resto favorito dal possesso degli strumenti della logica, che era per lui certamente molto di più del tradizionale bagaglio che ogni giurista aveva a disposizione, sia perché di essa Eck ebbe una specifica competenza (118), sia perché in generale la abbinava all'uso di argomenti storici ed antropologici, secondo una formazione permeata da uno spirito umanistico (119).

La discussione che portò all'elaborazione del contratto trino nacque proprio in seno ai circoli umanistici della Germania meridionale, tra i quali operavano sia coloro che sostenevano la liceità dell'operazione sottesa a quel contratto, come Sebastian Ilsung e Conrad Peutinger, sia coloro che si battevano per la soluzione opposta come Bernhard Adelmann, Christopher Scheurl, Willibald Pirckheimer e Johann Cochläus. Su questi schieramenti giocarono certamente anche rivalità personali e di gruppo (120), nonché i

---

(118) Questa appare immediatamente dal tipo di argomentazioni svolte nei trattati sulle usure e sul contratto trino, nei quali, del resto, l'autore fa spesso riferimento a spiegazioni date «in nostris exercitamentis logicis» (così, ad es. nel trattato sul contratto trino, in UBM, Cod.2, Ms.125, f.184 r). Per una sintesi sugli scritti di logica di Eck, a partire dalla *Bursa pavonis*, composta poco più che ventenne (1507), v. C. PRANTL, *Geschichte*, IV, cit., p. 284 ss; tra essi spiccano la *Explanatio in summulas Petri Hispani* (1516) e la *Dialectica Aristotelis* (1517), redatte nel quadro della riforma degli studi ad Ingolstadt e in ottemperanza della direttiva di ritornare alle fonti «reiectis sophismatum quisquiliis ac prolixis logices commentationibus» (A. SEIFERT, *Logik*, cit., p. 8 e p. 14 sul significato della riforma dell'insegnamento di logica a Ingolstadt: a questa fondamentale opera si rinvia per la collocazione della logica di Eck tra umanesimo e scolastica).

(119) Sulla connotazione umanistica che caratterizza il periodo friburghese (1502-10) v. ora E. ISERLOH, *Johannes Eck*, cit., p. 12 (a p. 10 gli insegnamenti seguiti, tra cui quello di greco e di ebraico). Ancora all'indomani delle discussioni sul contratto trino e alla vigilia della disputa con Lutero, «er wurde als Anhänger der neuen Bildungsideale angesehen» (*ivi*, p. 19). Per la notazione sull'impiego di argomenti storici e antropologici v. S.W. ROWAN, *Ulrich Zasius and John Eck*, cit., p. 91.

(120) Sicuramente influenti, ad es., nel comportamento di Bernhard Adelmann, deluso perché le manovre dei Fugger gli avevano impedito di diventare vescovo di Augsburg (v. G. Freiherr von PÖLNITZ, *Die Beziehungen des Johannes Eck zum augsbur-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contrasti tra gli interessi mercantili di Nürnberg e di Augsburg, che naturalmente non potevano non riflettersi anche sulle posizioni etico-economiche dei rispettivi circoli intellettuali (121); comunque si giudichino questi aspetti, non sembra tuttavia che si possa negare un interesse diretto per la tematica economica da parte degli ambienti umanistici, del resto sollecitati dal grande fermento imprenditoriale di quegli anni (122).

In questa situazione non stupisce il coinvolgimento di Johann Eck — trasferitosi ad Ingolstadt nel 1510 quale professore di teologia — nel dibattito sulle usure; legato infatti a quella scuola di Tübingen che con Grabriel Biel e con Konrad Summenhart aveva assunto posizioni assai influenti sui temi economici e nella quale perciò viene annoverato (123), il giovane teologo aveva intrecciato uno stretto rapporto con Conrad Peutinger, l'influente umanista di Augsburg a sua volta legato a Jacob Fugger e assai sensibile alla problematica economica (124).

---

ger Kapital, in *Historisches Jahrbuch*, 60, (1940), p. 687); sulla figura di Adelmann ed i suoi rapporti con Eck basti citare J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 582 ss. I contrasti personali furono in parte anche alla base del mutamento degli schieramenti negli anni successivi.

(121) Sull'ambiente economico, i circoli umanistici e le rivalità presenti tra gli intellettuali delle due città molte notizie si trovano nelle monografie singolarmente dedicate ai personaggi menzionati nel testo ed ai principali esponenti del mondo finanziario come i Fugger ed i Welser; una sintesi si trova in H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 176 ss.

(122) Non appare generalizzabile il giudizio sulla «ignorance et le mépris des questions économiques» degli umanisti (così invece J.-L. THIREAU, *Charles Du Moulin*, cit., p. 354): apprezzamento che, mentre presuppone una troppo netta distinzione tra ambiente degli umanisti e della Riforma protestante, risente delle vecchie tesi sulla presunta lontananza dell'umanesimo dai problemi pratici.

(123) H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 161 ss.

(124) V. *supra*, nt. 94. Su Conrad Peutinger, che dopo aver studiato a Padova e a Bologna (1482-88), al ritorno in Germania divenne un protagonista della vita sociale e intellettuale, ricoprendo tra l'altro la carica di segretario comunale di Augsburg dal 1497 al 1534, si è registrato nel Novecento un vivace interesse storiografico (un «Peutinger-Boom», secondo K. NEHLSEN-Von STRYK, *Die Monopolgutachten* , cit., p. 1): per le idee economiche fondate sulla libertà del commercio e per l'inserimento nell'ambiente di Augsburg basti qui citare C. BAUER, *Conrad Peutinger und der Durchbruch des neuen ökonomischen Denkens in der Wende zur Neuzeit*, (1955), in ID., *Gesammelte Aufsätze*, cit., p. 253 ss. e in generale la monografia di H. LUTZ, *Conrad Peutinger. Beiträge zu einer*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, sono provati con certezza gli ingenti interessi del potente uomo d'affari di Augsburg per quella fattispecie che prese il nome di contratto trino, a causa delle molte operazioni da lui concluse in quella forma, come pure è sicuro che Eck ricevette da Fugger sostegno e impulso per le sue prese di posizione (125). Ma troppo spesso la storiografia si è attardata sull'accusa mossa al teologo di essersi «venduto» a Fugger, soffermandosi su un aspetto che, da una parte almeno della storiografia cattolica, è stato trattato secondo un orientamento ideologico, legato alla volontà di mondare la figura del futuro campione della Chiesa romana dalla macchia della venalità (126). Del resto, occorre precisare che non premevano

---

politischen Biographie, Augsburg 1958, (pp. 106-09 e p. 371 per le note, a proposito delle vicende legate alla questione del contratto trino). Si sa che ai tempi delle discussioni sui contratti usurai Eck definiva Peutinger «mio amico» (v. la descrizione del viaggio a Bologna per la disputa sul contratto trino contenuta nella lettera a Konrad Reuter von Kaisheim del 5 dicembre 1515, riportata anche da T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., qui p. 57 e da J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 667 ss), ma solo qualche anno dopo il teologo, diventato scomodo perché si era creato troppi nemici, fu messo da parte da Fugger e da Peutinger. Sui rapporti tra Eck e Peutinger, oltre alle opere ora citt. di Wiedemann e di Schneid, rispettivamente pp. 28 e 334 e p. 580, v. J. GREVING, *Johann Eck*, cit., p. 61 nt. 1, J. SCHLECHT, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, cit., pp. 10 e 24 ss, G. Freiherr Von PÖLNITZ, *Jacob Fugger*, Tübingen 1949, spec. I, p. 314 ss e 483 ss e II, p. 329 ss, e H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 176.

(125) Sui rapporti con Jacob Fugger v. G. Freiherr Von PÖLNITZ, *Die Beziehungen*, cit., (p.687 sull'ipotesi che la casa Fugger, attraverso Peutinger, avesse già una qualche parte sulla chiamata di Eck fatta dall'Università di Ingolstadt) e ID., *Jacob Fugger*, cit., I e II, *ad indicem*: nonostante alcune imprecisioni (v. ora L.G. DUGGAN, *Melchior von Mekau: A Missing Link in the Eck Zins-Disputes of 1514-1516?*, in *Archiv für Reformationsgeschichte*, 74, (1983), p. 27 nt.7 e pp. 28-29 nt.12) e una certa prevenzione verso il teologo, i due lavori restano gli specifici riferimenti per la storiografia più recente. Un'esplicita testimonianza sul legame diretto tra l'elaborazione di Eck sul contratto trino e J. Fugger è stata pubblicata recentemente da H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., appendice V, p. 430: si tratta di una lettera inviata da Gregorio Lamparter, stretto parente di Fugger, all'Università di Tübingen, datata 18 aprile 1514 e diretta ad ottenere dalla Facoltà di teologia un parere sulla liceità del contratto. In essa si legge: «...Dominus Jacobus Fugger, civis Augustensis, socer meus, in certo conctractu per ipsum solitus fieri cum aliis mercatoribus eiusdem civitatis et nostram provinciam Sueviae, consuluit in eadem materia Dominum Doctorem Eckium, ordinarium studii Ingolstatensis theologicae facultatis, cuius consilium vos vidistis ...».

(126) L'accusa di corruzione venne formulata dagli avversari di Eck nella disputa del 1514-15. Tra coloro che appaiono preoccupati di respingere l'accusa figura anche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solo gli interessi dell'ambiente mercantile e finanziario della città bavarese (127), bensì anche quelli di personaggi assai in vista nel mondo della Chiesa (128): interessi avvalorati dal comportamento di una parte almeno della curia romana, che si adoperò per diffondere la dottrina di Eck sul contratto trino (129).

Si tratta di aspetti tuttora aperti e sui quali infatti continuano le indagini degli storici; ai fini del presente lavoro, tuttavia, pare sufficiente limitarsi a constatare il legame tra la dottrina di Eck ed il mondo mercantile e finanziario, esplicitamente ammesso dallo stesso teologo, ovviamente in forma impersonale, allorché affermava che la fattispecie di cui si occupava era applicata nella pratica degli affari da oltre quaranta anni (130).

L'elaborazione di Eck sui contratti usurai e segnatamente l'impegno profuso per sostenere la liceità del contratto trino sono molto noti e ricordati in tutte le biografie e persino nei saggi che trattano di qualche aspetto del pensiero teologico del professore di Ingolstadt. Soprattutto numerosi sono i riferimenti alla difesa del con-

---

l'ottimo J.SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., pp. 577 (ma qui ammette che il teologo possa aver ricevuto doni di riconoscenza dai suoi protettori), 660 e 674; v. anche M. ZIEGELBAUER, *Johannes Eck*, cit., p. 18. Si è posto il problema pure E. Van ROEY, *Le contractus*, cit., p. 915 nt. 1., che cita la precedente letteratura «prevenuta» nei confronti di Eck.

(127) A quanto pare, poi, in quel periodo i Fugger non erano integrati nell'ambiente cittadino: così ora O. MÖRKE, *Die Fugger im 16. Jahrhundert. Städtische Elite oder Sonderstruktur?*, in *Archiv für Reformationsgeschichte*, 74, (1983), p. 141 ss.

(128) Come il cardinal Melchior von Mekau (ca. 1440-1509), protagonista di «a kind of financial *ménage à trois*» con l'imperatore Massimiliano e Jacob Fugger e probabilmente creditore verso quest'ultimo attraverso rapporti definiti nella forma del contratto trino: è l'ipotesi di L.G. DUGGAN, *Melchior von Mekau*, cit., (l'espressione cit. si trova a p. 31). Sono conosciuti anche gli interessi finanziari dell'arcivescovo Albrecht von Mainz, che tra l'altro ebbe un ruolo decisivo nello spingere l'Università di Mainz a pronunciarsi sulle tesi di Eck: basti citare H.A. OBERMAN, *Werden*, p. 165 e nt. 9.

(129) Così l'incoraggiamento a recarsi a Bologna per tenere la disputa sul contratto trino gli fu dato dal nunzio Lorenzo Campeggi, rappresentante del papa presso l'imperatore: la circostanza è testimoniata dallo stesso Eck (v. lettera cit.in nt. 124 e riportata in T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 56 e J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 667).

(130) UBM, Cod. 2, Ms.125, ff. 124 v. Si ritornerà più avanti (nt.188) su questa affermazione di Eck, spesso riportata dalla storiografia, ma talvolta con considerazione superficiale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tratto trino sostenuta nella disputa di Bologna del 12 luglio 1515 che, abilmente preparata dalla cerchia dei Fugger, suscitò un notevole clamore negli ambienti intellettuali dell'epoca (131), anche perché essa si era svolta dopo la proibizione dell'arcivescovo Gabriel von Eyb di tenerla a Ingolstadt (132). E certo l'importanza della disputa andava al di là delle adesioni più o meno significative ottenute nell'antico Studio bolognese (133) e risiedeva nella rivendicazione di un metodo attraverso il quale esercitare la libertà di critica su tutte le questioni in cui la Chiesa non si fosse già pronunciata enunciando la verità cattolica (134). Tuttavia per la conoscenza delle posizioni di Eck sul contratto trino risultano fondamentali il *Consilium in casu quinque de centenario*, datato 11 settembre 1514, ed il *Tractatus* ultimato il 9 marzo 1515, tuttora inediti al pari di alcuni lavori precedenti dedicati dal teologo al medesimo tema o alla problematica più generale delle usure (135). In particolare su questo

---

(131) Il resoconto fatto dallo stesso Eck (più volte cit.: v. nt. 124) è naturalmente di tono trionfalistico; i suoi avversari, in primo luogo il Cochläus, presente a Bologna, smentirono l'esito favorevole che il teologo rivendicava per le proprie tesi (per tutti v. H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., pp. 161-62).

(132) Non era chiaro se il divieto fosse stato disposto da Gabriel nella qualità di vescovo oppure in quella di cancelliere dell' Università.

(133) Una documentazione delle attestazioni ricevute all'Università bolognese e altre testimonianze legate alla disputa sono pubblicate in J. SCHLECHT, *Dr. Johann Ecks Anfänge*, cit., p. 32 ss: risultano favorevoli ad ammettere la liceità del contratto trino Hieronymus Gaddius (Geronimo Capazzelli da Gaggio), professore di metafisica, Joannes de Fossano, professore di sacra teologia, Joannes Crottus, professore di decretali e Joannes Angelus Brixianus, dottore in teologia. Secondo Eck (v. T. WIEDEMANN, *Dr. Johannes Eck*, cit., p. 59), presenziarono alla disputa e appoggiarono le sue tesi Carlo Ruini, che così cambiava idea rispetto all'opinione manifestata in un *consilium* precedente, Agostino Berò e Bernardino da Pino: indicazioni confermate da altre fonti (v. ancora J. SCHLECHT, *op.ult.cit.*, p. 26 ss e inoltre J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 670).

(134) L'acuta notazione è di H.A. OBERMAN, *Werden*, cit., p. 189 ss e 199, che rileva altresì l'importanza delle posizioni sul valore dello strumento della disputa nell'epoca della Riforma: solo pochi anni più tardi Martin Lutero, a proposito delle indulgenze, ritorcerà contro lo stesso Eck le argomentazioni da questi sostenute a favore della libertà di disputare *scholastice*.

(135) Occorre innanzitutto menzionare il trattato del 25 maggio 1514, *De contractibus usurariis*, che è un commento alle *Sententiae* di Scoto ad uso dei suoi studenti e che si trova manoscritto in UBM, Cod. 2, Ms. 125, ff. 269r-325r. Un'altra breve trattazione e un frammento sulle usure sono conservati, anch'essi manoscritti, in UBM, Cod.2, Ms.125, rispett. ff.266r-268r e 326r-329v (una descrizione del cit. Ms. 125 è fornita da G. SCHOTT,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trattato, usualmente denominato *De contractu quinque de centum*, sarà essenzialmente fondata l'esposizione che segue perché in esso sono contenute nella forma più matura ed articolata le posizioni di Eck (136).

---

in N. DANIEL-G. KORNRUMPF-G. SCHOTT, *Die lateinischen mittelalterlichen Handschriften der Universitätsbibliothek München. Die Handschriften aus der Folioreihe*, erste Hälfte, Wiesbaden 1974, pp. 199-201). Sul *Consilium in casu quinque de centenario* e sui due trattati sul contratto trino, nel secondo dei quali, del 9 marzo 1515, sono espresse le posizioni definitive di Eck v. la nota successiva. Questi testi manoscritti, sconosciuti al principale biografo di Eck (v. T. WIEDEMANN, *Dr. Johannes Eck*, cit., p. 447) hanno per lo più interessato la storiografia per la loro «storia esterna»; per i contenuti del *Tractatus de contractibus usurariis* e del *Tractatus de contractu quinque de centum* l'esposizione più accurata è quella di J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., peraltro meno utilizzato di quanto meriti: ad es., era ignoto a J.P. LEVY, *Un palliatif*, cit., che pure lamentava che assai pochi autori si fossero occupati del contratto trino (p. 423 nt. 1).

(136) Già nel *Consilium in casu quinque de centenario*, 11 settembre 1514, in Staats-und Stadtbibliothek Augsburg, 2 Cod. Aug. 391, ff. 1 a- 46 a, le posizioni di Eck in ordine al contratto trino sono nettamente delineate. Dopo l'introduzione (f. 2 a-b), l'illustrazione del *casus* (ff.2 b- 3 a) e tre avvertenze (ff.3 b- 4 b) che spiegavano gli orientamenti che animavano l'analisi della fattispecie, l'esposizione era suddivisa in tre articoli. Nel primo, che si svolgeva in 15 preamboli (ff.5 a- 16 b), l'autore sviluppava una trattazione generale che partiva dal ruolo del commercio nella società umana, si soffermava sui requisiti di liceità dei contratti (in particolare sugli aspetti della giustizia commutativa), per giungere infine a legittimare il contratto esaminato attraverso la sua scomposizione in tre accordi. Nel secondo articolo (ff.17 a- 38 a), suddiviso a sua volta in 15 proposizioni, veniva approfondita l'analisi specialmente attraverso l'utilizzazione della teoria della *natura contractus*, nell'obiettivo di dimostrare che i tre contratti in cui virtualmente la fattispecie si poteva scindere erano non solo leciti ma anche tra loro compatibili. Nel terzo articolo (ff.38 b- 44 b), ripartito in sette considerazioni, si precisavano le circostanze (soprattutto soggettive) che secondo l'autore dovevano realizzarsi per la liceità del contratto. Seguivano in ultimo le conclusioni (ff.44 b- 46 a), articolate in tre punti. Rispetto al *Tractatus* sul contratto trino, la trattazione è più sommaria, appaiono meno diffuse le citazioni e meno evidente risulta la «presenza» delle tesi avverse, segno che le discussioni non avevano ancora raggiunto i toni più aspri della polemica. Da notare che il teologo non disdegnava di riportare lunghi brani letterari (Virgilio, Orazio, Ovidio).Per ragguagli sul *Consilium* di Eck v. S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., pp. 113-15, che dà altresì la notizia di un altro manoscritto contenente il *Consilium*, in Universitätsbibliothek Freiburg i.B., Hs.601. Quanto al c.d.*Tractatus de contractu quinque de centum*, datato 9 marzo 1515, esso è conservato in UBM, Cod. 2, Ms.125, ff. 95 r- 239 v. È diviso in quattro centurie, ma nel manoscritto la I centuria comincia dalla «prima pars articuli quarti» e presenta una numerazione interna che parte dal n. LXXXV; poiché il sommario finale (ff.232 r-239 v) riporta anche gli argomenti trattati nei numeri I-LXXXIV della I centuria, risulta con

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

5. Segue. *L'utilizzazione della teoria dei* substantialia *e dei* naturalia contractus *nell'elaborazione della dottrina del contratto trino.*

L'aspetto che maggiormente risalta è che l'esposizione è svolta con ottica essenzialmente giuridica. Per tale scelta si può trovare una spiegazione nella tesi di Eck a proposito del problema di chi fosse maggiormente in grado, tra il civilista, il canonista ed il teologo, di pronunciarsi su una questione tanto delicata: Eck indicava nel canonista la figura più adatta, perché in essa era possibile veder congiunta una profonda formazione filosofico-morale ad una affinata capacità di adoperare lo strumentario giuridico, necessario per

---

certezza che il manoscritto in questione reca solo una parte, certo la maggiore, rispetto ad una stesura più ampia dell'opera; e forse si può dire che la parte iniziale sia stata volontariamente tralasciata nella versione definitiva perché questa reca, oltre alla già rilevata numerazione dei paragrafi che inizia dal n. LXXXV, anche un'altra che comincia dal n. 1. Nel medesimo volume ai ff. 241 r – 265 r è contenuta ancora una trattazione di Eck sul contratto trino (*Quod ille contractus quinque de centum sit licitus probatus*): consiste in una elaborazione, più stringata ma comunque matura, delle argomentazioni che appaiono altresì nella I centuria del *Tractatus de contractu quinque de centum* ed esattamente corrisponde alla trattazione contenuta nei ff. 95 r- 128 v, che costituisce la *pars affirmativa* dell'esposizione, dedicata a provare la liceità del contratto. Dopo che J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 322 aveva ritenuto che quest'ultimo trattato fosse niente altro che una copia della prima parte del primo trattato, scritta non dalla mano di Eck, G. Freiherr von PÖLNITZ, *Die Beziehungen*, cit., p. 693 spec. nt.31 ha sostenuto che si tratta di un autografo di Eck e che contiene un'elaborazione precedente poi riversata con qualche rimaneggiamento nel trattato maggiore; nello stesso senso v.il recente G. SCHOTT, *Die lateinischen mittelalterlichen Handschriften*, cit., p. 200. In base alla documentazione rinvenuta da H.A. OBERMAN, *Werden*, appendice V.1, pp. 426-27 si può affermare che la trattazione contenuta nella *pars affirmativa* (ff.241 r- 265 r) fosse la parte già composta e sulla quale Eck chiedeva il giudizio della Facoltà teologica di Tübingen nella lettera dell'8 febbraio 1515: in questa il teologo dichiarava che aveva altresì in fase di avanzata elaborazione la *pars negativa* e difatti l'intero trattato, con la rielaborazione della *pars affirmativa* e con l'aggiunta della *pars negativa*, fu terminato il 9 marzo 1515. È da notare che J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., pp. 208-11 basa l'esposizione delle tesi di Eck sulla trattazione contenuta nei ff. 241 r-265 r: scelta che a prima vista lascia perplessi (essa non viene neanche spiegata), ma che, in definitiva, non appare criticabile sia in relazione ai fini propostisi dall'autore americano, cui interessava studiare le opinioni di Eck sulla liceità del contratto trino, sia in considerazione della circostanza che il trattato in questione, pur parziale e precedente a quello definitivo, contiene tutti i motivi proposti nel trattato completo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stabilire se il contratto fosse usuraio o no (137). Il professore di Ingolstadt offriva in proposito una notazione generale che fa luce sul suo atteggiamento: mentre infatti «theologus purus bene habet rationem universaliorem et digniorem tam iuris divini quam naturalis», tuttavia «non ita applicationem in particulari quam habet iureconsultus ex suis constitutionibus» (138). La questione, dunque, secondo Eck non doveva essere risolta in base solo a principi astratti, bensì occorreva scendere nel merito della pratica commerciale utilizzando gli strumenti di analisi del diritto: è questa l'enunciazione che, contenuta nella parte conclusiva del trattato, esprimeva il punto di vista al quale si era attenuto l'autore nel corso del lavoro.La chiave che apre nuovi orizzonti è infatti la scomposizione della fattispecie esaminata in tre contratti. L'accordo tra il capitalista Tizio che conferiva al mercante Caio una certa somma «ad negotiandum» col patto di aver salvo il capitale e il modico lucro del 5% annuo poteva scomporsi in tre distinti contratti, che tuttavia procedevano tutti da quello principale di società: oltre appunto al contratto di società e a quello di assicurazione del capitale — fin qua si restava nell'ambito delle analisi recentemente compiute da Angelo de Clavasio, Gabriel Biel e, parzialmente, da Corrado Summenhart — si poteva individuare un contratto di compravendita, attraverso il quale il socio capitalista acquistava una parte certa del lucro sociale, fissata nel 5%, e vendeva la quota di lucro, stimato più elevata ma incerta, che presumibilmente gli sarebbe spettata come partecipante ai guadagni della società. Ricostruita in tal modo la fattispecie, il teologo enunciava immediatamente che l'obiettivo era quello di dimostrare che i singoli tre contratti erano individualmente leciti e tra loro non incompatibili (139): obiettivo, come si vede, nel quale la preoccupazione morale non appare in primo piano, giacché anche il requisito della liceità riguarda un aspetto giuridico e, comunque, sotto questo profilo veniva prevalentemente trattato da Eck. Ora, nello svolgimento del compito assegnatosi, tutto il discorso del brillante polemista ruotava attorno alla categoria dei *naturalia contractus*, ovviamente raffrontata con quella correlativa dei *substantialia contractus*.

(137) J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., ff.228 r-229 r.
(138) *Ivi*, f.228 r-v.
(139) *Ivi*, f.95 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Individuato infatti il contratto di società come quello che caratterizzava la fattispecie (140), l'argomento fondamentale consisteva nell'affermazione che i patti aggiunti, costituenti altrettanti contratti collaterali, operavano sì *contra naturam societatis* — che prevedeva in particolare che i danni, oltre che gli utili, fossero comuni ai soci (141) e che il lucro fosse incerto sia nella sua esistenza, sia nella sua quantità (142) — ma non inficiavano la *substantia* del contratto principale, che restava pienamente in vita: «ex hoc societas non dissolvitur» (143). L'esame dunque si appuntava sugli elementi sostanziali e naturali della società, ma parallelamente l'analisi veniva svolta sugli elementi del mutuo, giacché per dimostrare che si era in presenza di una fattispecie fondamentalmente individuata come un contratto di società, occorreva respingere l'ipotesi che essa fosse da ricondurre al contratto di mutuo (illecito in quanto produceva interesse), al quale pure poteva accostarsi. Secondo l'opinione alquanto ristretta di Eck, solo con lo strumento del mutuo — *verus vel interpretativus*- poteva essere commesso il peccato di usura (144). Ma, appunto, nel caso in esame non sussistevano gli elementi sostanziali del mutuo, giacché il denaro veniva conferito «ad negotiandum», per un certo uso — e questo era un *naturale societatis* — e soprattutto non diventava di proprietà del mutuatario (145): il trasferimento del *dominium* della cosa mutuata in capo al mutuatario era infatti annoverato tra gli elementi essenziali di tale contratto (146).

---

(140) Il termine «caratterizzare» è ambiguo, ma l'ambiguità è di Eck. Si tornerà più avanti (§ 6) sul problema.

(141) J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.97 v e *passim*.

(142) *Ivi*, f.107 v e *passim*.

(143) *Ivi*, f.107 v.

(144) Si è detto: opinione «ristretta», in quanto in senso lato nel verificarsi delle usure si considerava anche la violazione dell'*aequalitas* tra i contraenti (v. *supra*, § 2). Va notato, tuttavia, che i profili inerenti al realizzarsi della giustizia commutativa erano presenti al teologo di Ingolstadt, che li assumeva come presupposti (v. oltre). I passi in cui Eck affermava che le usure potevano derivare solo *ratione mutui* sono numerosi: v., ad es., J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., ff.115 v, 117 v e 183 r.

(145) *Ivi*, ff.115 v-116 v; 163 v e *passim*.

(146) «Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo, si non fiat tuum non nascitur obligatio» (D.12,1,2,2, *Paul. 28 ad ed.*). È appena il caso di rilevare che dalla tradizione romanistica questo elemento è passato alla nostra codificazione (art. 1814 c.c.), attraverso la mediazione del codice napoleonico (art. 1893).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stabilire se il contratto fosse usuraio o no (137). Il professore di Ingolstadt offriva in proposito una notazione generale che fa luce sul suo atteggiamento: mentre infatti «theologus purus bene habet rationem universaliorem et digniorem tam iuris divini quam naturalis», tuttavia «non ita applicationem in particulari quam habet iureconsultus ex suis constitutionibus» (138). La questione, dunque, secondo Eck non doveva essere risolta in base solo a principi astratti, bensì occorreva scendere nel merito della pratica commerciale utilizzando gli strumenti di analisi del diritto: è questa l'enunciazione che, contenuta nella parte conclusiva del trattato, esprimeva il punto di vista al quale si era attenuto l'autore nel corso del lavoro.La chiave che apre nuovi orizzonti è infatti la scomposizione della fattispecie esaminata in tre contratti. L'accordo tra il capitalista Tizio che conferiva al mercante Caio una certa somma «ad negotiandum» col patto di aver salvo il capitale e il modico lucro del 5% annuo poteva scomporsi in tre distinti contratti, che tuttavia procedevano tutti da quello principale di società: oltre appunto al contratto di società e a quello di assicurazione del capitale — fin qua si restava nell'ambito delle analisi recentemente compiute da Angelo de Clavasio, Gabriel Biel e, parzialmente, da Corrado Summenhart — si poteva individuare un contratto di compravendita, attraverso il quale il socio capitalista acquistava una parte certa del lucro sociale, fissata nel 5%, e vendeva la quota di lucro, stimato più elevata ma incerta, che presumibilmente gli sarebbe spettata come partecipante ai guadagni della società. Ricostruita in tal modo la fattispecie, il teologo enunciava immediatamente che l'obiettivo era quello di dimostrare che i singoli tre contratti erano individualmente leciti e tra loro non incompatibili (139): obiettivo, come si vede, nel quale la preoccupazione morale non appare in primo piano, giacché anche il requisito della liceità riguarda un aspetto giuridico e, comunque, sotto questo profilo veniva prevalentemente trattato da Eck. Ora, nello svolgimento del compito assegnatosi, tutto il discorso del brillante polemista ruotava attorno alla categoria dei *naturalia contractus*, ovviamente raffrontata con quella correlativa dei *substantialia contractus*.

---

(137) J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., ff.228 r-229 r.
(138) *Ivi*, f.228 r-v.
(139) *Ivi*, f.95 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in relazione in particolare alla categoria dell'*accidens separabile* (151) — Eck dichiarava che doveva essere tralasciato il significato che al termine *natura* attribuivano i *phisyci* come *essentia quidditas materia vel forma* (152); si rimetteva invece alla concezione corrente tra i giuristi, i quali per *natura* intendevano comunemente la *naturalis proprietas* di una cosa. Ed Eck precisava: allorché i giuristi parlano *de naturalibus contractuum* non alludono alle «proprietates radicatae in quidditatibus rerum, et consequuntur essentialia principia, quomodo naturalia dicuntur immutabilia», bensì «loquuntur de naturali pro eo quod praesumitur esse de natura illius, ut quod leo sit ferox, quod homo sit humanus: et illa naturalia possunt ex accidente mutari» (153).

Non stupisce che per corroborare le sue puntualizzazioni il teologo si appoggiasse alla dottrina di Baldo, il giurista che aveva tanto chiaramente segnalato i caratteri distintivi di quelle categorie: «[Baldus] dicit substantiam esse qua res aliquid est, naturam vero qua talis est» (154). Ma l'adesione alla plastica elaborazione cui era pervenuta la giurisprudenza medievale non nasconde il rimescolamento che attorno a quelle categorie compiva Eck: in particolare veniva considerato diversamente il carattere della presunzione di esistenza dei *naturalia* che in passato erano visti sì come un qualcosa di modificabile ma che fondamentalmente inerivano strettamente alla struttura di ciascun contratto, nascevano con esso e ne esprimevano l'efficacia «normale» in quanto disposta dalla legge ed applicata solitamente per via consuetudinaria. Tale presunzione, e dunque l'esistenza stessa dei *naturalia*, appariva al teologo come uno scomodo condizionamento della volontà delle parti, che sarebbe

---

(151) È d'obbligo rinviare ad A. SEIFERT, *Logik*, cit.: per le posizioni di Eck sui temi accennati v. pp. 55-57 (in polemica con J. Lefèvre d'Étaples) e p. 67 ss con le ntt.relative.

(152) J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.179 v. Si trattava di una distinzione che avrebbe avuto successo nella dottrina giuridica (ancora nel Seicento, ad es., era ripetuta da J. CAPONI *Tractatus de pactis*, in EIUSDEM *Tractatus de pactis et stipulationibus*, quaest. 18, n. 13, p.82).

(153) J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.180 r.

(154) *Ivi*, f.180 v. L'importanza del relativo passo di Baldo (Comm. in C.7, 53,5) è già stata segnalata da P. GROSSI, *Sulla 'natura'*, cit., p. 609.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stato meglio lasciare liberamente esprimere nel libero gioco delle variabilissime contingenze che determinano i vari interessi.

In quest'ottica, per avere un quadro di certezze, era sufficiente che le parti disponessero di una cornice legale che, per ogni contratto, stabilisse appena gli elementi minimi fondamentali (*substantialia*) da inserire di volta in volta nel "tipo" prescelto. Ed anche i *substantialia* appaiono poi, nella concezione di Eck, fortemente connotati in senso soggettivo, come tra breve si vedrà.

Tutte queste implicazioni emergevano implicitamente dall'insieme dell'elaborazione di Eck sul contratto trino, ma per una volta, portato dal discorso generale sui concetti di *substantialia* e di *naturalia*, l'autore le enunciava esplicitamente; è questo forse l'unico punto, perché per il resto il teologo appare concentrato nel particolare obiettivo di dimostrare la liceità e la compatibilità degli accordi che davano luogo alla fattispecie esaminata. A questa dunque conviene fare ritorno per seguire il pensiero di Eck.

In fin dei conti, nello sforzo teso ad individuare nel caso prospettato un contratto di società con patti aggiunti piuttosto che un mutuo, il teologo ammetteva che le due ipotesi di riferimento erano a prima vista entrambe plausibili proprio perché i *naturalia* del mutuo erano stati introdotti negli stampi della società. Quanto allo spostamento del rischio, con evidente rifiuto di una constatazione strutturale, Eck confutava che esso costituisse la prova che ci si trovasse in presenza del mutuo, nel quale era "naturale" che il mutuatario sostenesse il *periculum* in omaggio al principio *res perit domino*: si trattava invece di una situazione voluta dalle parti, in deroga agli effetti usuali del contratto di società. Quanto alla remunerazione certa del capitale, non si trattava di un patto di usure, bensì, anche in questo caso, di un accordo che interveniva su quel *naturale contractus societatis* che era costituito dall'eventualità del guadagno e dall'incertezza del suo ammontare (155): di questo elemento le parti potevano disporre ed in particolare potevano stabilire che per uno dei contraenti (il capitalista) la speranza di un

(155) «Cum vero assumitur, utrumque debere poni sub fortuna. Intelligo quod natura societatis purae hoc exigat: sed naturalia contractuum quae non sunt essentialia, pacto mutari possi explorati iuris est» (J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.160 v).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lucro incerto e probabilmente elevato venisse ceduta per la certezza di un guadagno minore (il 5%) e che per l'altro la speranza di lucro si prospettasse ancora più ampia, perché dal guadagno prodotto dal *negotium* doveva essere defalcata solo una quota pari al 5% del capitale da assicurare al capitalista.

Quale fondamento giustificativo di questo disinvolto trasferimento degli effetti naturali da un «tipo» ad un altro, Eck individuava il principio *pacta legem contractui dant* che, nei vari luoghi della compilazione giustinianea in cui esso veniva enunciato, aveva costituito la sede nella quale la scienza giuridica medievale aveva elaborato la teoria dei *naturalia* (156); ma, accentuando i toni soggettivi, il teologo riconduceva altresì il potere di modificare gli elementi naturali al diritto di disporre dei propri diritti: «fateor naturalia posse pacto mutari. In mutuo enim res sit mutuatarii ... regulariter autem quilibet in re sua est moderator et arbiter» (157).

In fondo, sin dalle elaborazioni dei glossatori, la teoria dei *naturalia* aveva costituito un veicolo attraverso il quale affermare nel sistema contrattuale una visione «liberalizzante»; infatti, nonostante che gli elementi naturali fossero intimamente legati all'essenza del contratto, essi rientravano in quella sfera del tipo legale che era a disposizione delle parti. La dottrina di Eck portava alle estreme conseguenze questa visione individualistica, coinvolgendo anche la categoria correlata dei *substantialia*; lo strumento di questa operazione consisteva nella semplificazione dei requisiti ritenuti necessari per dar vita al contratto prescelto.

Si ricordi la definizione della società accolta da Eck (158) e soprattutto si rifletta sull'applicazione che ne faceva: secondo il teologo, perché la società prendesse forma bastava semplicemente che le parti si accordassero per il fine del guadagno (*ob commodiorem usum et uberiorem quaestum*), assicurando rispettivamente una

(156) I passi del *corpus iuris* in cui quel principio è enunciato sono indicati in I. BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in *Towards a General Law of Contract*, ed. J. Barton, Berlin 1990, p. 295 nt. 230 e riferimenti anche in ID., *Notazioni sul contratto*, nella presente rivista, p. 638 e nt. 5.

(157) J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.175 r-v.

(158) V. *supra*, nt. 147.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prestazione, certo necessaria ma per niente specificata. In tal modo i requisiti erano fissati in via così generale da essere propri di ogni operazione commerciale: è quanto puntualmente rilevavano gli avversari del professore di Ingolstadt, segnatamente Anton Kress e Ulrich Zasius (159).

L'obiezione, del resto, era ben presente ad Eck, che tuttavia se la cavava assai formalisticamente sostenendo che, data la più volte enunciata definizione di *societas*, e dato che la fattispecie vi rientrava tutta intera, sul punto niente altro restava da dimostrare (160). In realtà, se è vero che il rilievo degli avversari appare pienamente fondato in un'ottica che riconduceva l'analisi alle categorie «classiche» dei *substantialia* e dei *naturalia*, la posizione di Eck va valutata piuttosto in relazione ad altri parametri e principalmente con riferimento al suo orientamento volto tendenzialmente a riconoscere ai singoli piena libertà di regolamentare i propri interessi, s'intende con alcuni limiti imposti dalla delicatezza della materia (161). Questo orientamento permea l'intero trattato e si può leggere in controluce nei diversi aspetti affrontati.

Si consideri, ad esempio, il modo in cui Eck giustificava l'ipotizzato disinteresse del socio-capitalista per l'andamento e gli esiti della società. Era facile sostenere che tale disinteresse costituiva un ulteriore indizio che suffragava i sospetti che ci si trovasse di fronte ad un mutuo usuraio, in cui in genere il mutuante non ha alcun diritto (ed interesse) ad intromettersi sulle modalità in cui il denaro mutuato viene impiegato. Dal canto suo Eck affermava che l'intento del socio-capitalista era quello, meramente individuale, di mettere a frutto il proprio capitale e che per questo aveva concluso il contratto

(159) La critica viene così riportata da Eck: «probato consensu, nondum habetur quod sit societas, cum consensus sit etiam communis aliis contractibus» (J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.178 v). Sul punto la critica di Zasius era manifestata nella lettera scritta a Eck il 28 febbraio 1515, in Bayerische Staatsbibliothek München, Clm 1470, f.197 v (nell'edizione di S. Rowan, *Ulrich Zasius.A Jurist*, cit., p. 229): si tornerà più avanti sulle posizioni di Zasius. Eck si limitava a rispondere: «quamvis consensus in genere sit communis contractibus, tamen consensus in negotiationem est specialis societati» (*op.cit.*, f.183 v).

(160) È quanto si trae dal complesso della trattazione: è inutile citare i singoli passi dai quali emerge la posizione di Eck.

(161) Su questi limiti v. oltre.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di società col mercante. Ora, era sicuramente lecito che, accanto al contratto di società principale, il capitalista stringesse con altre parti opportuni accordi volti ad assicurargli il capitale e un tasso di guadagno certo, anche se basso. L'effetto di questi accordi sarebbe stato quello di togliere al capitalista ogni interesse ad ingerirsi nel *negotium* affidato al socio-mercante; e poiché quei patti naturalmente non facevano venir meno il precedente contratto di società, in funzione del quale anzi essi erano stati conclusi, si dimostrava che nella società l'interesse diretto per gli affari sociali non era un elemento che necessariamente dovesse essere proprio di ogni socio. L'importante era che il capitalista conferisse il denaro al mercante credendo in buona fede che questi avrebbe usato la somma *ad negotiandum* (162).

Come si vede, ancora una volta risultava essenziale l'intento (lecito) delle parti e poco o niente rilevava la circostanza che quella società che i protagonisti del rapporto dichiaravano di voler porre in essere apparisse lontana dagli schemi che la tradizione civilistica le assegnava.

Nel complesso, dietro la sottile schermaglia di argomentazioni logico-giuridiche, Eck appare preciso nei suoi riferimenti e dotato anche di un'apprezzabile preparazione, come, con non celato orgoglio, notava egli stesso in chiusura del trattato (163). Seppure attraverso una trattazione ridondante e con argomentazioni spesso forzate in relazione alla tesi da dimostrare, affiorano diversi aspetti originali, il cui significato, forse, con più nitida evidenza appare in

(162) «Quod si etiam Gaius ex negligentia praesenti anno non negotiaretur, imputet sibi: dum modo Titius arbitretur eum negotiaturum» (J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.173 v). È da notare che il teologo scomponeva la fattispecie nei tre contratti che la costituivano, dando per scontato che, se questi potevano essere conclusi da Tizio in tempi diversi e con tre persone distinte, niente mutava se fossero stati stipulati simultaneamente e con la stessa persona (ff.160 v e 173 r): su questi punti, tra l'altro, si svilupparono successivamente le discussioni.

(163) Gia nel *Tractatus de contractus quinque de centum*, e dunque prima delle astiose polemiche e degli attacchi personali sollevatisi dopo la disputa di Bologna, si avvertono gli echi delle critiche mosse ad Eck, accusato di cimentarsi su una questione tanto delicata, lui che non era ancora trentenne, non aveva ancora viaggiato in Italia e in Francia (f.156 r), era inesperto e non aveva una preparazione profonda né come giurisperito né come teologo (f.215 r); l'orgogliosa risposta di Eck è contenuta nel f.229 r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quei punti sui quali le posizioni degli avversari risultano maggiormente convincenti.

Così, sembra fondato il rilievo di Kress, che accusava Eck di attestarsi su una petizione di principio allorché, di fronte ad una fattispecie così complessa come quella presa in esame, affermava che si trattava di un contratto di società in quanto non si realizzava il trasferimento della proprietà del denaro che è un *substantiale* del mutuo: il dubbio riguardava invece anche questo elemento, che in quanto indimostrato non poteva essere assunto a fondamento di alcuna successiva argomentazione (164).

Il fatto è che — in ciò risiede la radice del distacco dalle posizioni degli avversari — Eck portava alle estreme conseguenze la dottrina per la quale la *substantia contractus* spesso è riconoscibile solo dal complesso dei patti apposti e dall'*intentio* delle parti (165); e certo nel caso considerato «manifeste patet solum animum facere diversitatem contractuum» (166). Così, se era vero che il socio accipiente «poterit uti pecunia commissa pro voluntate sua», ciò accadeva non perché, come il mutuatario, ne fosse proprietario, bensì affinché fosse realizzata la causa finale del contratto (*ad negotiandum*) (167). Se l'indagine di Eck era partita da dati puramente obbiettivi perché si trattava di rinvenire gli elementi naturali e sostanziali che qualificassero la fattispecie e rendessero possibile il suo inquadramento, segnatamente entro uno dei due contratti che più apparivano vicini, in definitiva essa si risolveva in un riscontro di elementi essenzialmente soggettivi.

Non poteva, d'altronde, che essere questo lo sbocco dell'operazione compiuta, dopo che i *naturalia* erano stati ridotti ad elementi intercambiabili e pienamente a disposizione delle parti e che i *substantialia* erano stati sfoltiti e si era proceduto verso una loro considerazione generale per ogni contratto.

---

(164) «Illa probatio est inepta, dominium in casu thematis non esse translatum illa ratione quia sit societas contracta;...cum tamen de hoc principaliter dubitetur ... Et dialectici dicunt illum petere principium, qui assumit ignotius vel aeque ignotum sicut est istud quod probare intendit» (*ivi*, f.168 v).

(165) *Ivi*, f.162 r.

(166) *Ivi*, f.173 r.

(167) *Ivi*, f.164 r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È noto che, di fronte ad una fattispecie complessa oggi il problema principale dell'interprete consiste nell'apprezzare la meritevolezza degli interessi insiti nel rapporto costituito, valutando in primo luogo il contenuto dell'accordo; salvo che, s'intende, nel procedere ad un tale giudizio l'interprete tende sempre a farsi guidare dall'esperienza che si trova per così dire consolidata negli schemi legali e cerca perciò innanzi tutto lo schema-tipo che più si adatti alla fattispecie considerata. In questa direzione per molti aspetti si muoveva anche Eck, anche se nella soluzione data al problema interpretativo la sua posizione appare cauta e in fondo tradizionale. Infatti, dinanzi alla fattispecie esaminata sarebbe stato logico dichiarare che ci si trovava in presenza di un contratto innominato, la cui liceità sarebbe stata ovviamente da comprovare. Il teologo di Ingolstadt, invece, pur non sottraendosi al compito di analizzare la liceità del contratto, preferiva evitare il rischio di navigare nel *mare magnum* dei contratti innominati perché sarebbe stato più arduo provare la giustificazione del contratto stesso. Negava così che nella fattispecie fosse individuabile un contratto innominato e dichiarava piuttosto che il contratto fondamentale, cui erano stati aggiunti vari patti, era quello di società (168): posizione più facile da sostenere perché la società a scopo di lucro rientrava ovviamente tra i contratti riconosciuti dall'ordinamento. Ora, per giungere alla conclusione che di società effettivamente si trattasse, si poteva utilizzare un criterio interpretativo consolidato per il quale, in caso di dubbio ci si rimettesse alla dichiarazione delle parti, le quali, dal canto loro, indicavano solitamente il contratto di società (169); e questo nonostante che gli avversari di Eck affermassero che non avesse importanza la qualifica data dalle parti in quanto comunque doveva prevalere la *natura* del rapporto (170).

Era ancora una dimostrazione dell'ottica individualistica con la

---

(168) *Ivi*, f.119 r, dove veniva impostato il problema dell'interpretazione; ma era il problema al centro del trattato e più volte Eck ritornava sulla soluzione (ad es., f.166 v e 172 r).

(169) «Secus in dubio, tunc enim contractus iudicatur talis qualis nominatur»; cfr. U. SANTARELLI, *La categoria*, cit., p.139 ss e *passim*. Occorre rimarcare che tale criterio sovveniva in funzione complementare, allorché il contratto non potesse essere qualificato per altra via.

(170) J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.146 r e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale Eck guardava alla realtà contrattuale. Da questo stesso punto di vista, assai più che l'evidente interesse per l'eliminazione degli impacci che tenevano a freno l'attività finanziaria e mercantile, appare significativa la rete di garanzie innalzata a tutela dei singoli. Così, in risposta ai suoi avversari ma anche alle tesi del suo maestro Summenhart, Eck affermava che le usure non devono presumersi ma invece provarsi — tanto più che costituivano un grave peccato —, allo stesso modo in cui non si presumeva che una persona fosse delinquente (171). Là dove la legge non interveniva con un suo divieto, continuava il teologo, si era in una sfera di attività lecita; e poiché il contratto in esame non risultava vietato da alcuna norma, poteva essere tranquillamente posto in essere (172).

D'altronde, proibire il contratto solo perché esso poteva prestarsi ad abusi sarebbe stato irragionevole, dal momento che avrebbe significato paralizzare la vita mercantile: era facile notare, infatti, che l'ordinamento ammetteva molte forme contrattuali attraverso le quali era possibile realizzare raggiri ed ingiustizie (173). Emergeva

---

(171) «In dubio autem contractus non debet iudicari usurarius, per Bal. in l. rogasti § si tibi decem ff. si cert. pet. [D. 12, 1, 11,1], per Bart. in l. non solum § sed ut probari ff.de no. op. nunc. [D. 39, 1, 8, 5). In dubiis enim benignior sententia est praeferenda ...» (*ivi*, f.165 v; stessi concetti in f. 204 v). In particolare sulle posizioni di Baldo richiamate da Eck aveva già attirato l'attenzione G.SALVIOLI, *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei secoli XIII e XIV*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli 1906, p.270 (che cita un altro passo di Baldo); da notare, comunque, che Baldo nel commento al cit. § si tibi decem, nn.2-3, f.14 v, precisava che quella presunzione non valeva per il mutuo: e che non si trattasse di mutuo qui era appunto da dimostrare. Quanto al commento di Bartolo al cit. § sed ut probari, n.3, f.14 r, egli si limitava a sostenere una particolare presunzione favorevole all'assoluzione nell'ipotesi di un delitto in cui si versasse in dubbio.

(172) «Ubicumque non est super aliquo facto legis prohibitio, ibi cessat peccatum: sed nulla lex prohibet illum contractum Titii, ergo eo contractu contrahere non est peccatum» (J.ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.120 v); e più avanti, legando questi concetti alla funzione dei contratti, il teologo affermava: «cum contractus sint adinventi ad supplendam humanam indigentiam, si pro commoditate utriusque in pacta aliqua consentiunt, aequum est ut illa serventur, nisi fuerint pacta a lege reprobata: qualia non sunt pacta praesentia» (*ivi*, f.205 r). Come si vede, erano del tutte estranee ad Eck quelle preoccupazioni che, di fronte al moltiplicarsi delle ingegnose costruzioni della prassi mercantile non inquadrabili in alcuno schema legislativo, saranno espresse dal pensiero rigoristico della Chiesa (v. *supra*, § 2).

(173) *Ivi*, f. 210 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dunque ancora una volta la mentalità aperta di Eck nel considerare la materia contrattuale, che si esprimeva nella distinzione tra schemi generali di contrattazione, di per sé utili al commercio e perciò da tutelare, e concreta valutazione della loro utilizzazione da parte dei singoli, che possono talvolta tendere ad una sopraffazione della controparte o comunque a raggiungere uno scopo illecito.

L'orientamento liberale risultava comunque filtrato attraverso la lente giuridica, che domina — è il caso di ribadirlo — in tutto il trattato. Questa stessa lente era il principale strumento col quale Eck affrontava la seconda questione, dopo aver analizzato la fattispecie scomposta in più accordi, incidenti sulla *natura societatis*: quella di vedere se quei patti fossero compatibili con una *societas honesta* (174).

L'obiettivo del teologo consisteva nel dimostrare che l'insieme degli accordi rispettava l'*aequalitas* tra le parti, in particolare perché veniva determinata una giusta ripartizione degli utili.

L'analisi ruotava attorno ad una concezione del denaro che muoveva sì dal vecchio dogma della sua sterilità, per superarlo tuttavia nella sostanza: il denaro è infruttifero solo in sé considerato, essendo una cosa artificiale, ma è produttivo quanto all'*usus* e al *commodum* che se ne trae (175). Rispetto alla tesi tradizionale della non separabilità dell'uso dalla proprietà nel denaro Eck era molto prudente, perché si limitava a dire che è l'uso umano, l'impiego produttivo ciò che rende fruttifero il denaro. Così, nel contratto esaminato, il lucro che riceveva il capitalista Tizio non risaliva in sé alla cessione dell'uso del denaro, bensì derivava dal lucro sociale che spettava al capitalista in quanto aveva conferito alla società la *commoditas* del denaro (176): «veluti Gaius non recipit ratione pecuniae Titii lucrum sed ratione operarum suarum: ita nec Titius recipit lucrum ratione operarum Gaii, sed ratione pecuniae suae» (177).

---

(174) Qui di seguito la questione sarà trattata sommariamente perché concerne la giustificazione etico-economica del contratto ed esula dal tema della *natura contractus*.

(175) J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., ff. 185 r e 187 v. Il teologo (*ivi*, f.187 v) riportava l'esempio della casa che in sé è sterile, ma che può essere utilizzata dall'uomo e produrre il frutto della locazione per il proprietario.

(176) *Ivi*, f.192 r.

(177) *Ivi*, f.189 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Data questa impostazione, il teologo negava che tutto il lucro sortito dall'impresa fosse di competenza del mercante (178), perché costui doveva essere compensato solo per l'opera attraverso cui aveva fatto fruttare il capitale (179): ed anzi — questa era forse l'affermazione più coraggiosa di Eck — in generale il lucro deriva in proporzione molto maggiore dal denaro investito che non dall'opera imprenditoriale (180).

Fin qui si restava però ancora alle premesse, perché poi occorreva tener conto del patto che garantiva il lucro del 5% al socio-capitalista. Nella configurazione del contratto trino, infatti, il lucro assicurato a Tizio derivava solo in ultima analisi dal capitale investito nella società, ma in modo immediato costituiva il prezzo di vendita di quel lucro (incerto, ma sperato più elevato), ottenuto in cambio appunto della certezza del lucro (più basso di quello sperato: il 5%). Il guadagno così fissato si poteva dunque considerare, *subtiliter*, come derivato dalla vendita e non dalla società (181).

Questa complessa architettura giuridica sosteneva anche il ragionamento col quale Eck spiegava che l'*aequalitas* tra le parti non veniva violata. Se infatti il socio-mercante appariva in posizione sfavorevole rispetto al capitalista perché assumeva, in contrasto con la *natura* della società, il rischio per la perdita del capitale di cui non era *dominus*, tuttavia tale sacrificio aveva come contropartita una «congrua refusio» (182), inglobata nel lucro che al tirar delle somme il mercante avrebbe percepito. Il suo guadagno, infatti, derivava

---

(178) Tale tesi, confutata da Eck (*ivi*, f.144 r), evidentemente era legata al considerare realizzato il contratto di mutuo: il mercante rivestiva allora la figura del mutuatario.

(179) *Ivi*, ff. 144 v e 160 v.

(180) *Ivi*, ff.187 v-188 r.

(181) «Lucrum ratione societatis etiam hic non esse certum, sed ratione pacti quid efficit venditionem lucri incerti consequitur pretium certum: unde subtiliter intuenti lucrum non est certum sed pretium lucri incerti et ergo non adest certitudo mutui, sed venditionis determinatae. Unde omnia lucra etiam in praesenti contractu sunt incerta, quantumcumque Titius vendiderit lucrum suum incertum pro certo pretio quod ei licuit arg. l. emptorem § fi. cum l.seq. ff. de act. emp. et vend. [D. 19, 1, 11, 18 e 19, 1, 12, rispett. *Ulp. 32 ad ed. e Cels. 27 dig.*] et ergo illa certitudo non est sotialis, nec mutui sed venditionis» (*ivi*, f.148 v).

(182) *Ivi*, ff.121 r, 147 v-148 r e 187 r. Eck aveva cura di notare che la ripartizione in quote uguali (*aequalitas partium*) non rientrava nella *substantia societatis* (f.187 r).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

immediatamente dall'acquisto dell'intero lucro sociale (incerto), a prezzo della cessione di un lucro fissato al tasso del 5% rispetto al capitale; ma la ragione ultima di esso, e cioè la base su cui questa compravendita si realizzava era data dal rapporto fondamentale di società che, secondo Eck, salvaguardava l'*aequitas* tra le parti giacché il lucro del mercante si poteva pensare come scaturente dalle fatiche applicate per far fruttare il capitale, maggiorato dal compenso per l'assunzione del *periculum* (183).

Le parti, insisteva Eck, erano in posizione di perfetta eguaglianza nella società e gli accordi che venivano aggiunti delineavano niente altro che l'assetto di interessi rispettivamente più confacente ai contraenti: così anche i patti che garantivano la somma investita ed il lucro del 5% al capitalista, individuati dalla dottrina avversa come gli elementi che oneravano il mercante e che erano fonte di usure, per Eck dovevano essere considerati come apposti per volontà dello stesso mercante, che evidentemente reputava più vantaggioso correre grossi rischi imprenditoriali nella prospettiva di elevati guadagni (184).

In questa sede non mette conto di individuare gli aspetti zoppicanti del ragionamento di Eck, alcuni dei quali furono rilevati dall'antico maestro Zasius, mentre ancora ne era in corso l'elaborazione (185). Piuttosto, prima di esporre alcune considerazioni conclusive, interessa rimarcare che il teologo aveva chiara coscienza che la dottrina esposta aveva un valore essenzialmente ricostruttivo, rivolto a chiarire l'ammissibilità di un rapporto che aveva salde radici nella prassi. Secondo Eck, infatti, non era necessario che le parti conoscessero la *quidditas* del contratto e ciò che virtualmente esso conteneva; era sufficiente che fosse chiara la loro intenzione di voler porre in essere complessivamente quel tipo di rapporto (186).

---

(183) *Ivi*, ff.144 v e 160 v. Il teologo riscontrava così che la fattispecie rispettava l'*aequalitas* della giustizia commutativa (ff.182 r e 183 r).

(184) Sulla circostanza che il mercante «vuole» inserire quei patti nel contratto e che dunque preferisce la *societas mixta* a quella che esprime gli effetti naturali del contratto (*societas pura*) torna spesso Eck (*ivi*, f.151 v, f.183 v e *passim*): tale circostanza, anzi, è assunta tra le condizioni di liceità del contratto (v. oltre, nt. 190).

(185) V. oltre.

(186) «Non est opus scire contrahentem [sic] de quiddite [ma: quidditate] contractus, de eius continentia virtuali, vel eius resolutione: sed solum ut sciant qua

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«Nihil addidi de farina mea» (187): l'affermazione del brillante professore di Ingolstadt era sostanzialmente esatta, non nel senso che non avesse niente di originale, come tentava di accreditare lo stesso Eck per spezzare l'isolamento nel quale cercavano di relegarlo i suoi avversari (188); bensì nel senso che essa si limitava a riflettere su una pratica sociale ampiamente diffusa. Di nuovo c'era la sistemazione entro cui venivano disposti gli spunti teorici precedentemente elaborati dalla giurisprudenza e dai teologi, del resto arricchiti dalle personali considerazioni di Eck. In sostanza l'intera costruzione, lungi dall'essere una esercitazione accademica, aderiva

---

intentione et modo contrahere debent» (J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.196 r); e appena più sotto si precisava: «sufficit quod ipsi simpliciter sciant modum contrahendi in facto et debitam intentionem quam debent habere». Con ciò si può dire che già ad Eck risalisse l'applicazione al contratto trino della teoria del "contratto implicito": in proposito v. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 269 ss.

(187) J. ECK, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.216 v.

(188) Mentre gli avversari insistevano nel rilevare che la dottrina del contratto trino era una costruzione nuova, per la prima volta elaborata nella cerchia degli amici dei Fugger, a più riprese Eck si sforzava di indicare una serie di autorità che prima di lui avevano già approvato il contratto trino: canonisti come l'Ostiense, Giovanni d'Andrea e Giovanni da Legnano, teologi come Gerson, Angelo de Clavasio e Gabriel Biel, civilisti come Pietro Filippo Corneus (*ivi*, f.201 v; l'elenco di queste «autorità», con l'eccezione di Gerson, è ripetuto al f.153 r: «nequaquam enim mihi arrogo ut sim primus huius sententiae assertor ...»). J.SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., riporta queste affermazioni (pp. 492 e 570) e sembra accreditarle sostenendo che Eck si limitò a popolarizzare posizioni dottrinali già esistenti (p. 573). Ma si può obiettare che, se certamente il teologo tedesco non creò dal nulla la dottrina del contratto trino, le autorità prima richiamate furono da lui utilizzate per qualche spunto; le stesse elaborazioni di Angelo e di Gabriel, che pure offrono una soluzione organica, appaiono risposte parziali rispetto al caso prospettato da Eck che riguarda in realtà una fattispecie non coincidente.D'altronde sarebbe strano che su una prassi vigente in Germania da circa 40 anni (la testimonianza è dello stesso Eck: v. *supra*, nt.130), potessero aversi sistemazioni coerenti e sistematiche (e nella stessa direzione indicata da Eck) da parte di giuristi e teologi vissuti tra il XIII e l'inizio del XV secolo. È evidente, invece, che con Angelo, Gabriel o Corrado Summenhart — già dunque sul finire del Quattrocento —, la riflessione teorica si svolgeva su una realtà contrattuale paragonabile a quella considerata da Eck; ma anche tra la dottrina di questi autori e l'affermarsi della sottostante pratica commerciale sembra opportuno evitare meccaniche derivazioni (ad es., L.G. DUGGAN, *Melchior von Meckau*, cit., p. 26 sembra collegare un po' rigidamente i 40 anni della pratica del contratto trino di cui parla Eck nel 1515 con l'anno di apparizione della *Summa Angelica*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strettamente in tutti i suoi dati ad un *negotium* largamente praticato: la stessa denominazione di *contractus quinque de centum* derivava dal tasso medio del compenso del capitalista con cui nel mercato si concludeva l'affare; e non in un qualunque mercato, bensì negli ambienti commerciali della Germania meridionale, che erano quelli a cui era interessato il teologo. Pertanto, se nel discorso di Eck è facile individuare un risvolto generale nel quale le considerazioni appaiono riguardare questioni di fondo del sistema economico e contrattuale (le notazioni sull'uso fruttifero del denaro, sul valore dell'intenzione del contratto, sui *substantialia* e sui *naturalia*, ecc.), occorre rilevare che il teologo appare in primo luogo rivolto a giustificare una prassi ben specificata, che si presentava segnatamente ad Augsburg (189).

Paradossalmente, mentre gli aspetti generali contenuti nel *Tractatus* del 1515 furono, come era fatale, i soli ad essere tenuti presenti nelle plurisecolari discussioni che seguirono sul contratto trino, la «difesa» della fattispecie da parte di Eck era in fondo basata sulla considerazione che i requisiti richiesti per la sua liceità erano tutti di fatto soddisfatti nelle contrattazioni in uso ad Augsburg (190) — nell'economia della trattazione giocava un qualche ruolo addirit-

(189) «Nullus enim doctorum quod meminerim improbat contractum Titii talibus circumstantiis vallatum et limitatum sicut nos eum proposuimus et solet celebrari in civitate Augustana» (J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f.128 r; cfr. anche f.209 v). Nel trattato tornava più volte il riferimento alla ricca attività mercantile della città di Augsburg ed alla onestissima indole dei suoi abitanti, con insistenza davvero gratuita (ff.121 v-123 r; 141 v; 216 v).

(190) Eck indicava «septem conditiones pro iustificatione contractus concurrentes...Prima, quod is cui pecunia committitur sit negotiator: quia a non mercatore committens non posset exigere quinque pro lucro. Secunda, quod committens non sit de iure prohibitus negotiari propter clericos, neque solitus foenerari. Tertia, quod committens non habeat animum mutuandi, nec mutuum verbo exprimat.Quarta, quod commissio non descendat ex mutuo originali.Quinta, quod non accipiat quinque nomine census, reservata sibi repetendi facultate. Sexta, quod negotiatio sit talis qualitatis quod verisimiliter ille lucretur quinque, facta sibi refusione pro operis et periculo suscepto. Septima, et ut omnino sit tutus quod non gravet mercatorem: tunc tradens pecuniam committat ad liberam [voluntatem?] accipientis, utrum elegerit: vel recipere pecuniam ad lucrum et damnum secundum naturam societatis, vel istis pactis hic expressis societatem mixtam inire»(*ivi*, f. 129 r-v). Una sintesi di tali presupposti di liceità in J. Schneid, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 482, copiato da E. Van Roey, *Le contractus*, cit., pp. 917-18 nt. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tura la notazione che i capitalisti dell'antica citta romana non erano soliti «foenerari» (191) —: paradosso che però ben si spiega con l'occasione ed i legami che spinsero Eck ad occuparsi della questione.

6. *Alcune considerazioni finali sulla dottrina di Eck.*

Da un punto di vista dogmatico ci si può chiedere se il contratto trino fosse in definitiva considerato un contratto innominato oppure se, inquadrato tra i contratti nominati, fosse qualificato come una fattispecie complessa costituita dall'insieme di tre contratti o, invece, come un unico contratto (*societas*), nel quale i patti aggiunti derogassero agli effetti naturali usuali.

Quest'ultima appare, come si visto, la soluzione data da Eck, la quale, tuttavia, non sembra priva di oscillazioni e di interne contraddizioni. Ci si attenderebbe, infatti, che la scelta fondamentale di considerare la fattispecie esaminata come una *societas* su cui le parti erano intervenute modificandone la *natura* comportasse non solo un costante riferimento di tutta l'analisi allo schema principale individuato, ma anche che i patti restassero sempre nella loro funzione di semplici elementi aggiunti, importanti nel delineare i contenuti del contratto ma non indipendenti. E invece si nota anche un'altra direttrice di analisi, dovuta all'esigenza di scomporre la fattispecie per provare la compatibilità e la liceità degli accordi: in questa scomposizione i patti venivano appunto considerati come indipendenti, ognuno dotato di propri *substantialia* e fonte di obbligazioni distinte.

Si tratta di un «equivoco» che è intimamente legato alla genesi del contratto trino e che si protrae nell'esperienza dottrinale successiva: si riscontra, ad esempio, nelle tarde *dissertationes* di Franziskus Zech che, presentate attorno alla metà del Settecento, sono di solito assunte dalla storiografia come il momento conclusivo delle discussioni sul contratto trino, che mette conto studiare sia per la sintesi storica che esse esprimono sia per l'autorità che riscossero in una

(191) J. Eck, *Tractatus de contractu quinque de centum*, cit., f. 216 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fase in cui la questione delle usure veniva di nuovo vivacemente dibattuta (192).

Ma l'«equivoco» è tale solo per chi esamini il problema in un'ottica puramente dogmatica, che estranei quella dottrina dalla sua storia e ne faccia una costruzione astratta; in realtà la strumentazione giuridica, adoperata da Eck come principale mezzo per l'analisi, fu sempre al servizio di un'esigenza etico-economica, che era quella di stabilire la liceità o meno del contratto. Con queste premesse, dunque, va apprezzato lo sforzo dottrinale con le sue oscillazioni, come era del resto chiaro alla grande trattatistica secentesca in tema di società, che rifletteva ormai su una materia decantata dalle polemiche che avevano caratterizzato le discussioni nel corso del secolo precedente e che spesso riflettevano le diverse impostazioni dei vari ordini religiosi all'interno della Chiesa cattolica.

Così, proprio pensando all'«ambiguità» di cui si parlato, il Duardo (1565-1643) osservava che, se formalmente la fattispecie poteva essere considerata come un contratto semplice, esso era virtualmente triplice, con obbligazioni che nascevano dai rispettivi singoli contratti; ora, poiché il sacrificio di una parte trovava un compenso nella pattuizione e veniva realizzata l'«aequalitas inter ea, quae commutantur», si poteva concludere che il contratto fosse lecito (193). E si badi: il Duardo affermava che, mentre in assoluto il contratto sarebbe stato illecito, così scomposto rivelava la sua rispondenza all'equità (194): conclusione solo apparentemente sorprendente, giacché essa denota invece la consapevolezza della fun-

---

(192) Franziskus Zech, gesuita, professore di teologia e sacri canoni a Ingolstadt, nel 1747, 1749 e 1751 fu promotore di tre dissertazioni sulle usure, pubblicate sia in H. LEOTARDI *Liber singularis de usuris*, Venetiis 1762, sia in *Theologiae cursus completus*, accurante J.-P. MIGNE, XVI, Parigi 1841, coll. 766-996 col titolo di *Rigor moderatus doctrinae pontificiae circa usuras* (da cui si cita. Le due edizioni differiscono per alcuni dettagli: v. B. NELSON, *The Idea of Usury*, cit., p. 101 nt. 82); per la continua oscillazione tra la considerazione del contratto trino come un contratto di società (da cui nascevano obbligazioni estranee alla *natura* del contratto per l'aggiunta di *conditiones*) o come tre distinti contratti v. spec. diss.II, cap. II, sect. VI, §§ 175-77, coll. 941-42 e § 184, coll.947-48. Per la biografia di Zech v. *ivi*, coll. 963-66.

(193) L. DUARDUS, *De societatibus*, cit., lib.2, cap.4, q.7, nn.7 e 9-10, pp.199-200. Sul canonista meridionale v. L. GIUSTINIANI, *Memorie istoriche degli scrittori legali del Regno di Napoli*, I, Bologna 1970 (= Neapoli 1787), p. 289 ss.

(194) *Ivi*, nn. 6-7, p. 199.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione dell'interpretazione giuridica come strumento di accertamento del significato etico della fattispecie.

Nella stessa ottica, sebbene con una soluzione opposta, si muoveva Raffaele Dalla Torre (1578?-1666), per il quale era opportuno lasciare da parte la tesi della molteplicità dei contratti, che era una sorta di mostro a tre fauci: se si voleva salvare il negozio dall'accusa di usure, una volta che si fosse escluso il mutuo, occorreva sostenere l'ipotesi della società, a modificare la *natura* della quale intervenivano i due patti ulteriori (195).

L'«ambiguità» della costruzione di Eck va dunque vista non tanto come espressione di una confusione dogmatica, quanto come testimonianza di uno sforzo interpretativo volto a riconoscere la legittimità della prassi esaminata. E a ben vedere l'aspetto più importante della sua dottrina non è dato da quell'opera di ingegneria alla quale in qualche maniera assomiglia la scomposizione della fattispecie nei tre contratti, bensì dal modo originale di intendere i *substantialia* e i *naturalia contractus*; pertanto, se si guarda agli strumenti e ai contenuti dell'analisi, Eck si può dire assai più vicino al suo maestro Summenhart che non, come usualmente si dice, ad Angelo de Clavasio e a Gabriel Biel (196).

---

(195) R. De Turri, *De cambiis tractatus,* disp. III, quaest. X, (ediz. Francofurti 1645, pp. 288-96). L'autore distingueva il contratto trino nell'ipotesi che fosse rivolto a costituire una società *super negotiatione cambiorum* oppure nel caso che fosse diretto ad impiantare una società per altri *negotia* (a suo parere nelle due ipotesi era rispettivamente diversa la regola sul trasferimento della proprietà del denaro: n. 36 ss, p. 292) e si soffermava poi sulla *societas cambiorum* stabilita col solito schema dell'accordo principale e dei due patti aggiunti (capitale salvo e lucro certo). Negata la possibilità di individuare tre contratti perché non sussistevano i rispettivi *substantialia* (in particolare il trattatista sosteneva che, per la vendita, mancava l'elemento del prezzo certo: n. 71, p. 294 e *passim*), si affermava: «Desinant igitur viri subtilissimi nobis obtundere hanc multiplicitatem contractuum. Et si velimus negotiationem praedictam salvare ab usuraria pravitate, excluso mutuo, sustineamus totam esse societatis, sed informatam duplici pacto, quorum neutrum si probaverimus eius substantiam destruere, nihil reliqui erit amaritudinis, nec ad trifaucem chimeram recurrendam» (n. 72, p. 294). L'autore riteneva che, per salvaguardare l'*aequalitas* che era *de substantia societatis*, le parti non potessero fissare a priori la quantità del lucro: era lecito solo determinare la proporzione delle quote rispettivamente spettanti ai soci (nn. 76-80, p. 295). Su quest'opera del Dalla Torre v. R. de Roover, *L'évolution*, cit., p. 216 e K.O. Scherner, *Die Wissenschaft*, cit., pp. 846-48 e, per le edizioni, p. 864.

(196) La continuità tra la dottrina di Summenhart e quella di Eck è sottolineata da

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In tutti i casi si può affermare che la preoccupazione etico-economica che ha sollecitato l'elaborazione della dottrina del contratto trino ha potentemente operato per utilizzare con spirito nuovo la vecchia teoria degli elementi sostanziali e naturali del contratto. Atteggiandosi a continuatore dei principi tradizionali in materia di usura e di interpretazione contrattuale, il teologo in effetti li piegava sottilmente a nuovi contenuti, adeguati alla prassi finanziaria, particolarmente diffusa nella Germania meridionale (197); e, per quanto riguarda in particolare il sistema contrattuale, la dottrina di Eck testimonia che, in connessione con il requisito della liceità, l'elemento dell'accordo e il problema dell'interpretazione della volontà delle parti si avviavano ormai a costituire non più solo una questione centrale bensì, in definitiva, quella che compendiava l'intera tematica contrattuale.

È questo il quadro a cui rinvia l'esperienza dottrinale del contratto trino, al di là dei motivi contingenti e dei legami personali che è dato riscontrare e che ebbero pure il loro peso nel delinearsi delle posizioni. Sembra perciò di poter concludere che il suo significato non possa essere ristretto a semplice modalità per aggirare l'antico divieto delle usure. Basti considerare che, quando Eck richiedeva quale primo requisito per la liceità della fattispecie che il socio accipiente fosse un mercante (198), implicitamente faceva riferimento ad una situazione che non aveva niente a che vedere con il mutuo per il consumo. Si potrà anche sostenere che la costruzione di Eck servisse a coprire ciò che in realtà si presentava come un mutuo; tuttavia si trattava di un mutuo diverso da quello per il quale

---

J.T. NOONAN, *The Scholastic Analysis*, cit., p. 208, che tuttavia non rileva che il punto centrale dell'analisi di Eck consisteva nell'utilizzazione della teoria dei *naturalia*. Più in generale, sul «vezzo di ricollegare i nuovi contratti nell'ambito degli altri più antichi» e sui contrasti che tale uso suscitava v. P.G. PESCE, O.F.M., *La dottrina degli antichi moralisti circa la liceità del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, XXXIII, (1966), pt. I, p. 37 e spec. 58-59.

(197) Cfr. H.A.OBERMAN, *Werden*, cit., p. 163; sul rapporto tra la dottrina di Eck ed il principio tradizionale di condanna dell'usura v. B. NELSON, *The Idea of Usury*, cit., p. 26 nt. 59 e C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen*, cit., p. 554; un panorama della storiografia consolidata in W. ZORN, *Humanismus und Wirtschaftsleben nördlich der Alpen*, in *Humanismus und Ökonomie*, a cura di H. Lutz, Weinheim 1983, p. 39.

(198) V. *supra*, nt. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

era stato stabilito il divieto di usure. In fondo la dottrina del contratto trino, con tutte le sue implicazioni etico-giuridiche, si limitava ad affermare il principio che il capitalista che conferisce il denaro in vista di un investimento produttivo ha titolo per ottenere un interesse (199): che lo schema utilizzato per questa operazione fosse quello del mutuo per il consumo passava in seconda linea di fronte alla considerazione che la posizione delle parti e la causa del contratto erano sostanzialmente diverse.

7. *Cenni sugli sviluppi della dottrina del contratto trino dopo Eck.*

Nelle pagine precedenti si è analizzata la nascita della dottrina del contratto trino come campo di applicazione della teoria dei *naturalia contractus* e si è visto come essa sia stata un terreno di emersione della forma contrattuale moderna, fondata sul consenso. In questa stessa ottica, e dunque senza alcuna pretesa di delineare una storia del contratto trino, resta ora da soddisfare qualche curiosità sulle sorti di questa dottrina dopo la trattazione di Johann Eck.

Innanzi tutto occorre occuparsi delle posizioni di Zasius, espresse in una lettera al suo antico allievo, datata 28 febbraio 1515: poco prima, dunque, del momento in cui il trattato di Eck assunse la sua veste definitiva (200).

A prima vista le parti tra il teologo ed il giurista appaiono rovesciate, giacché Eck, come si è detto, fa largo uso delle argomentazioni giuridiche, mentre Zasius sembra soprattutto attento ai profili dell'*aequitas* e della giustizia commutativa; e tanto più ciò può destare sorpresa, in quanto è noto l'ammonimento dello stesso Zasius, formulato in una successiva polemica ancora con l'antico

(199) Su questa funzione del mutuo nel periodo che qui interessa v. in generale M. Le Goff, *Du Moulin et le prêt à intérêt. Le Legiste. Son influence*, Genève s.d. (= Bordeaux 1905), p.85 ss e, con riferimento alle posizioni del giurista che, qualche decennio dopo il trattato di Eck introdusse compiutamente queste considerazioni nella teoria delle usure, v. J.-L. Thireau, *Charles Du Moulin*, cit., spec. p. 362 ss.

(200) V. *supra*, nt. 159. Sui rapporti tra Zasius ed Eck v. R.Stintzing, *Ulrich Zasius*, cit., p. 51 ss e T. Wiedemann, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 21 ss e 330 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allievo, circa i pericoli che si corrono quando il teologo ed il giurista si avventurano in campi propri delle altrui specializzazioni (201).

In realtà le parti non sono affatto ribaltate e l'uso di argomentazioni attinte da altre specializzazioni costituiva parte integrante della cultura tardo medievale che ebbe, per questi aspetti, ulteriore sviluppo negli orientamenti umanistici. È noto, del resto, quanto spazio abbia dedicato al problema dell'*aequitas* il pensiero umanista, e segnatamente la giurisprudenza (202).

Per quanto qui interessa, la posizione di Zasius si segnala per l'uso fine della logica — il giurista tedesco era stato, d'altronde, professore di logica e a questo ramo del sapere si interessò attivamente anche negli anni successivi (203) —: un uso, peraltro, assai temperato, funzionale alle argomentazioni sostanziali e, in ogni caso, subordinato a quel richiamo all'*aequitas* con cui si conclude il ragionamento critico del maestro friburghese (204). Al centro anche delle osservazioni di Zasius stava l'analisi basata sulla tripartizione degli elementi del contratto; in sintesi, quelli che per Eck potevano essere annoverati tra gli elementi naturali del contratto di società erano invece sostanziali (205); d'altronde lo svuotamento degli ele-

---

(201) Si tratta della posizione espressa in U. ZASII *Apologetica defensio contra Ioannem Eckium theologum super eo quod olim tractaverat 'Quo loco fides non esset hosti servanda'. Videbis lector Eckium iura civilia non perspecte intellexisse. Experiere etiam quam omnino periculi plenum sit in alienam excurrere professionem*, in EIUSDEM *Opera*, Lugduni 1550, t. V, n. 21, col. 373; cfr. R. STINTZING, *Ulrich Zasius*, cit., p. 192 ss, T. WIEDEMANN, *Dr. Johann Eck*, cit., p. 333, J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik*, cit., p. 56, nt. 1 e S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., p. 120 e *passim*.

(202) Basti citare G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit. Studien zum humanistischen Rechtsdenken*, Basel 1960, e, in particolare per Zasius, S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., pp. 101-02.

(203) Dopo che già nel 1500, ancora studente a Freiburg, Zasius era stato chiamato all'insegnamento di retorica e poesia, nell'anno successivo tenne un corso di logica (v. *supra*, nt. 117). Nel 1523 criticava lo stato dell'insegnamento di logica (v. A. SEIFERT, *Logik*, cit., p. 75).

(204) Per l'atteggiamento di Zasius sull'uso della logica nel diritto v. S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist*, cit., p. 209.Nella lettera ad Eck (ediz. Rowan, cit. p. 228) si legge, con evidente tono polemico: «adducis nescio quas aequitates ex rhetoricis suasionibus sumpas [?]. Es enim homo pleno cornu exuberans, sed nihil cum talibus ad rem seriam, ubi de animae salute, de iuris veritate disceptatur. In arduis enim non quam docte, sed quam vere scribas ...».

(205) «Quod autem in quodam tui consilii angulo substantialia, naturalia, et

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

menti sostanziali operato dal teologo lo aveva portato a considerare come elemento sostanziale del contratto di società solo il consenso, che, presente in ogni contratto, non può costituire la *differentia* caratterizzante la singola specie contrattuale (206).

Proseguendo poi nel suo esame critico, Zasius rilevava che non era possibile considerare la fattispecie come scomponibile virtualmente in tre contratti, giacché non era dato rinvenire contemporaneamente presenti e distinti gli elementi sostanziali dei tre contratti di società, di assicurazione del capitale e di vendita del lucro incerto per il lucro incerto (207).

La presa di posizione di Zasius rappresentava un richiamo al rigore logico e, ribadendo la funzione dei collaudati schemi giuridici, metteva in risalto che l'operazione interpretativa condotta da Eck si poneva decisamente sulla strada del superamento dei fondamenti consolidati della dottrina contrattuale. Essa rimase peraltro inedita e la questione restò a lungo prevalentemente discussa tra i teologi: i più in vista tra quanti allora animavano la vita della Chiesa. In quella vigilia della riforma protestante le posizioni erano variegate e tali rimarranno anche dopo, allorché su temi fondamentali quali la teoria dell'interesse sarà dato riscontrare schieramenti che attraversavano il campo della Scolastica e dell'Antiscolastica, della Chiesa cattolica e della riforma protestante (208).

L'invito a non occuparsi di questioni giuridiche, rivolta da Zasius ai teologi, in fondo esprimeva la rivendicazione dell'autonomia del diritto e anche se sarà fatto proprio, in relazione ai temi qui affrontati, da personaggi come Melantone (209), difficilmente poteva

---

accidentalia contractus disseparas, hoc licet vulgo sit cognitum, tibi tamen non suffragatur, quo etiam tu naturalia dicis persertim [?], in contractu quaestionis nostrae vere sunt substantialia» (lettera di Zasius a Eck, cit., p. 228).

(206) Lettera di Zasius a Eck, cit., p. 229 e cfr. *supra*, nt. 159.

(207) Lettera di Zasius a Eck, cit., pp. 229-30.

(208) Lo nota J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, trad. it., I, Torino 1959, p. 129 ss; cfr. G. CASSANDRO, *Un trattato inedito e la dottrina dei cambi nel Cinquecento*, Napoli 1962, pp. 100-01 nt. 4.

(209) In relazione al tema dei contratti usurai, Melantone affermava che il giudizio di liceità non spettava ai privati, né ai teologi, bensì ai magistrati (sul punto v. C. BAUER, *Melanchthons Wirtschaftsethik*, cit., p. 342 nt. 147 e ora R. SAVELLI, *Modelli giuridici e cultura mercantile tra XVI e XVII secolo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere accolto in quel periodo in cui le Chiese si sentivano particolarmente chiamate a dire la loro parola su tutti gli aspetti della vita di relazione. Con realismo, perciò, verso la metà del secolo, il Lainez rilevava che la materia dei negozi mercantili poteva essere considerata da tre diverse angolazioni — quella del teologo, del giurista e del mercante —, ognuna delle quali tendeva a ritenersi la più assorbente e quindi ad orientare con la propria impostazione le diverse analisi e soluzioni (210).

Dando ora uno sguardo alle posizioni più significative, venute alla luce nello stesso 1515, occorre accennare innanzi tutto a quelle di John Mair (1469-1550), al cui insegnamento Eck si sentiva molto legato e che è opportuno richiamare non tanto per il merito delle affermazioni quanto perché si trattava di un sostegno autorevole ed immediato dato all'elaborazione di Eck. Nel pronunciarsi nettamente a favore della liceità del contratto trino, infatti, il teologo scozzese, tra i più celebrati professori dell'Università di Parigi, ricalcava fedelmente le orme tracciate da Eck ed analizzava la fattispecie attraverso la teoria degli elementi sostanziali e naturali del contratto: la soluzione era nel senso del riconoscimento di una lecita e non usuraia *vera societas*, sebbene nel caso esaminato si presentassero modifiche rispetto alla sua *natura* usuale (211).

Assai più interessante e problematica è la posizione di Tommaso de Vio, detto Cajetanus (1469-1534), influentissimo personaggio del mondo della Chiesa (212). Rispondendo all'abate Konrad Koellin che

---

XVIII, (1988), n. 1, p. 24. In particolare, Melantone, probabilmente proprio riferendosi al contratto trino, sosteneva che nel mutuo l'usura è in contrasto con la sua *substantia*, mentre nel contratto di società l'assicurazione contro le perdite del capitale rendeva illecito il contratto perché violava la sua *natura* (v.ancora C. BAUER, *op. ult. cit.*, pp. 328 e 339).

(210) Per questa posizione del Lainez v. J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik*, cit., pp. 11-12.

(211) «Omnis contractus habens essentialia societatis licet aliqua habeat contra naturalia vel accidentalia eius est simplex et vera societas. Iste contractus est huiusmodi» (I.MAIORIS *In quartum sententiarum quaestiones utilissimae suprema ipsius lucubratione enucleatae*, distinctio XV, quaest. 49, f. CXXV v dell'ediz. Parisiis 1516). Sulle posizioni di Mair sul contratto trino e sui rapporti tra i due teologi si sofferma W. J. ASHLEY, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, II, cit., p. 475 ss e 518-19 nt. 221.

(212) Sulla biografia del Cajetanus, generale dell'ordine domenicano, al servizio di quattro papi, teologo dalla vasta cultura, cardinale, basti citare le voci di P. MANDONNET

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

aveva sollecitato la sua opinione sul contratto trino, il Cajetanus definì il proprio giudizio nello scritto *De societate negotiatoria*, datato 1 aprile 1515 (213). L'esposizione risulta tanto articolata che si è potuto annoverare il Cajetanus sia tra i sostenitori sia tra gli avversari della teoria del contratto trino (214); di solito, comunque, la tesi del teologo domenicano viene definita moderata, sostanzialmente di appoggio all'elaborazione di Eck, seppure alla condizione che le tre pattuizioni fossero concluse in tempi successivi (215).

Contro l'opinione dominante, il Cajetanus appare piuttosto schierato contro la liceità del contratto trino e soprattutto contro la costruzione elaborata da Eck (216). La risposta data al quesito postogli è chiara in questo senso e deriva da una malintesa comprensione del metodo seguito dal teologo per argomentare le sue posizioni l'equivoco interpretativo in cui spesso si cade: formulandosi un'analisi «a posteriori», che appiattisce le posizioni particolari, si perde spesso la dimensione storica del problema e si opera una separazione delle singole affermazioni del Cajetanus dalla situazione in cui sono pronunciate (217).

Il Cajetanus scomponeva la trattazione in tre parti. Nella prima mirava a dimostrare che la fattispecie non poteva essere ricostruita come se constasse virtualmente di tre contratti (società, assicurazione del capitale e vendita del lucro incerto per il lucro certo

---

e di M.-H. LAURENT rispett. in *Dict. de théol. cathol.*, t. II/2, (1923), col 1313 ss e in *Dict. d'hist. et de géogr.ecclés.*, t. XI, Paris 1949, col. 248 ss.

(213) È pubblicato in T. de VIO cardinalis CAIETANUS, *Scripta philosophica. Opuscula oeconomico-socialia*, a cura di P.P. Zammit O.P., Romae 1934, pp. 174-78. Le notazioni che seguono sono largamente debitrici delle discussioni svolte con Maria Chiara Atzori, che in merito alle posizioni del Cajetanus ha effettuato una ricerca nell'ambito del corso cagliaritano di Storia del diritto italiano (1989-90): a lei va il mio affettuoso ringraziamento.

(214) Di recente lo ha rilevato L.G. DUGGAN, *Melchior von Meckau*, cit., p. 27 nt. 7.

(215) J. SCHNEID, *Dr. Johann Eck*, cit., pp. 665-66; E. Van ROEY, *Le contractus*, cit., p. 913; J.P. LEVY, *Un palliatif*, cit., p. 429 e, in forma più articolata, J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., pp. 211-12.

(216) In questo stesso senso v. C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen*, cit., pp. 553-54, con critica alle valutazioni del Noonan (*ivi*, nt. 4).

(217) Questo modo di procedere si trova, ad es., in F. ZECH, *Rigor moderatus*, cit., diss. II, cap. II, sect. VI, §§ 157-158, coll. 931-32, a cui ha attinto spesso la storiografia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

previsto minore); nella seconda indicava quali diverse forme e condizioni avrebbero dovuto sussistere per far sì che la fattispecie potesse essere ricondotta ai tre contratti; nella terza rispondeva alla questione di liceità della fattispecie esaminata (218). In tutta la succinta ma densa esposizione, il teologo domenicano faceva perno sul concetto di *natura* del contratto e sul rapporto tra struttura essenziale e patti aggiunti, con un uso disinvolto quanto preciso degli schemi logici e giuridici in una trattazione che appare perciò di straordinaria maturità.

Innanzi tutto, dunque, il Cajetanus negava che nella fattispecie potessero rinvenirsi virtualmente tre contratti. Dato, infatti, il contratto principale di società, gli altri due, fuoriuscendo sicuramente dalla *natura societatis*, potevano derivare solo da particolari condizioni apposte; ma la condizione *salvo capitali* non importava il contratto di assicurazione che, essendo commutativo, richiede un prezzo per l'assicurazione. Altrettanto valeva per il supposto contratto di compravendita, per il quale mancava il prezzo d'acquisto del lucro certo del 5% (219).

La seconda parte del ragionamento è quella che presenta maggiori problemi. Il futuro cardinale ribadiva infatti il giudizio di illiceità della fattispecie perché in sostanza essa rientrava in una società leonina, contraria alla *ratio iustitiae* (220); ma a questo punto, quasi aprendo una parentesi, il Cajetanus avvertiva che se i patti in esame fossero entrati nella consuetudine, quasi derivanti da una convenzione generale, potevano essere tollerati *ratione consuetudinis*, anche se aprivano la strada alle usure (221). Qui parlava il teologo

(218) T. de Vio cardinalis Caietanus, *De societate negotiatoria*, cit., n. 424, p. 174.

(219) *Ivi*, nn. 425-28, pp. 175-76.

(220) *Ivi*, nn. 429-31, p. 176.

(221) Il passo è il seguente: «Dixi autem secundum iustitiae rationem: quia si ex quasi condicto communi, pacta haec in consuetudinem deducta ut licita essent (sicut pactum de retrovendendo, introductum communiter est in detestationem fraudis usurarum) tolerari possent ista pacta, ratione huiusmodi consuetudinis, quae tamen non esset introducenda: quia in favorem est fraudis usurarum. Aperitur enim per haec pacta via palliandi usuras, cum damno virorum industriorum, qui haec pacta subeunt quia egent pecuniis, ut possint de suis industriis vivere; et minus malum est eis haec pacta subire, quam cum manifesto interesse invenire pecuniam eis opportunam» (*ivi*, n. 432, pp. 176-77).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inserito nel suo tempo, con una religiosità profondamente vissuta e proprio per questo legata ai rapporti sociali; parlava il teologo addentro alla realtà economica (222), che distingueva tra il giudizio di principio, da fondarsi evidentemente sulla *ratio iustitiae*, e la situazione di pericolo che la prassi prospettava ma che non costituiva ancora attuazione del peccato. La preoccupazione era infatti rivolta ad evitare il peccato senza negare la realtà del negozio e così il Cajetanus era portato a precisare le condizioni in cui l'operazione avrebbe potuto ritenersi ammissibile.

Partendo dal principio che i tre contratti erano in sé leciti e potevano essere conclusi con un terzo, il teologo sosteneva che, se fossero stati posti in essere dai due soci (capitalista e mercante), avrebbero dovuto essere separati e successivi e prevedere i corrispettivi a favore di chi assicurava all'altra parte la restituzione del capitale e il lucro certo; e tali corrispettivi non avrebbero potuto essere stabiliti una volta per tutte o in misura preventiva, bensì, per rispettare il principio della giustizia commutativa, avrebbero dovuto essere determinati in base alle concrete circostanze di tempo, di luogo, di persona ed in relazione al settore di attività da intraprendere (223).

Lungi dal costituire appena una limitazione alla teoria di Eck, la tesi del Cajetanus, anche in questa parte in cui il teologo più da vicino si faceva carico della prassi che tendeva a consolidarsi, ne costituiva la negazione: in fondo, si limitava a dire che i tre contratti separati, che potevano essere conclusi con terzi, potevano essere posti in essere anche tra le parti, ma in forme ben lontane da quelle ipotizzate dalla teoria del contratto trino. Né, rispetto alla dottrina di Eck, vi era solo l'aggiunta del requisito della separazione dei tre contratti, come con molta approssimazione usualmente si dice: nessuna virtuale forma di patteggiamento era possibile sottointen-

(222) È noto che il Cajetanus è autore di trattatelli sul Monte di Pietà (1498), sui cambi (1499) e sulle usure (1500), che sono tra le prime opere dedicate esclusivamente a questioni economiche e che ebbero una larga circolazione nel XVI secolo (v. R. de ROOVER, *L'évolution*, cit., p. 178).

(223) «Adhibitis scilicet honestis pretiis, secundum iudicium sapientum in illa arte, illo tempore, in illo loco, cum tali persona; et breviter, consideratis individualibus conditionibus, quae scientificae determinationi non subsunt» (T. de VIO cardinalis CAIETANUS, *De societate negotiatoria*, cit., n. 433, p. 177).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dere in omaggio ad una soggettiva considerazione del contratto, bensì le parti dovevano esplicitamente prevedere la determinazione dei rispettivi corrispettivi, sulla cui *honestas*, d'altronde, sarebbe stato possibile sindacare in relazione alla situazione concreta.

Tutto ciò, infine, era confermato nella conclusione, nella quale il Cajetanus affermava l'illiceità del caso proposto e respingeva la ricostruzione che se ne dava da parte della teoria del contratto trino (224).

Esaminata la dottrina nel suo sorgere ed individuate le connessioni con il tema dei *substantialia e naturalia contractus* e con il nascere della concezione moderna del contratto, non interessa in questa sede seguirne le sorti successive, che comunque per tutto il secolo appaiono ripetitive dei motivi già visti (225). Campione delle tesi rigoriste fu Domingo de Soto (1494/95-1560), non a caso uno dei protagonisti del Concilio di Trento a seguito del quale si sviluppò una reazione che, sul problema del contratto trino, culminò nella bolla di condanna *Detestabilis*, emanata nel 1586 da Sisto V (226); il maggior esponente della posizione opposta fu invece il Navarro (1492-1586), tutto teso a dimostrare che nella fattispecie esaminata la modifica della *natura societatis* non comportava la sua

(224) *Ivi*, n. 435, pp. 177-78.

(225) Per una sintesi v. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 212 ss; in particolare per la Germania v. B. DUHR, *Die deutschen Jesuiten im 5%-Streit des 16. Jahrhunderts. Nach ungedruckten Quellen*, in *Zeitschrift für katholische Theologie*, XXIV, (1900), p. 212 ss.

(226) Così C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen*, cit., p. 578.Soto sosteneva che il caso esaminato rientrava nello schema del mutuo, dato che il *periculum* per la perdita del denaro incombeva sull'accipiente, da considerarsi pertanto *dominus* al pari del mutuatario (*res perit domino*)(v. D. SOTO, *De iustitia et iure libri decem*, lib. VI, quaest. VI, art. II, p. 599 dell'ediz. Venetiis 1584; su Soto v. O.W. KRAUSE, *Naturrechtler des sechzehnten Jahrhunderts. Ihre Bedeutung für die Entwicklung eines natürlichen Privatrechts*, Frankfurt am Main- Bern 1982, p. 40 ss). La bolla di Sisto V si può leggere in *Bullarum diplomatum et privilegiorum Sanctorum Romanorum Pontificum*, t. VIII, Augustae Taurinorum 1863, n. LXVIII, pp. 783-86: sommersa dalle interpretazioni spesso speciose, essa finì con l'insabbiarsi (così C. BAUER, *op. loc. ult. cit.*, e cfr. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 221). Per le tre principali interpretazioni della bolla v. J. de LUGO, *Tractatus de justitia et jure*, in ID., *Disputationes scholasticae et morales*, accurante Fournials, t. VII, Parisiis 1893, disp.XXX, sect. IV, n. 37, p. 581.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inserito nel suo tempo, con una religiosità profondamente vissuta e proprio per questo legata ai rapporti sociali; parlava il teologo addentro alla realtà economica (222), che distingueva tra il giudizio di principio, da fondarsi evidentemente sulla *ratio iustitiae*, e la situazione di pericolo che la prassi prospettava ma che non costituiva ancora attuazione del peccato. La preoccupazione era infatti rivolta ad evitare il peccato senza negare la realtà del negozio e così il Cajetanus era portato a precisare le condizioni in cui l'operazione avrebbe potuto ritenersi ammissibile.

Partendo dal principio che i tre contratti erano in sé leciti e potevano essere conclusi con un terzo, il teologo sosteneva che, se fossero stati posti in essere dai due soci (capitalista e mercante), avrebbero dovuto essere separati e successivi e prevedere i corrispettivi a favore di chi assicurava all'altra parte la restituzione del capitale e il lucro certo; e tali corrispettivi non avrebbero potuto essere stabiliti una volta per tutte o in misura preventiva, bensì, per rispettare il principio della giustizia commutativa, avrebbero dovuto essere determinati in base alle concrete circostanze di tempo, di luogo, di persona ed in relazione al settore di attività da intraprendere (223).

Lungi dal costituire appena una limitazione alla teoria di Eck, la tesi del Cajetanus, anche in questa parte in cui il teologo più da vicino si faceva carico della prassi che tendeva a consolidarsi, ne costituiva la negazione: in fondo, si limitava a dire che i tre contratti separati, che potevano essere conclusi con terzi, potevano essere posti in essere anche tra le parti, ma in forme ben lontane da quelle ipotizzate dalla teoria del contratto trino. Né, rispetto alla dottrina di Eck, vi era solo l'aggiunta del requisito della separazione dei tre contratti, come con molta approssimazione usualmente si dice: nessuna virtuale forma di patteggiamento era possibile sottointen-

---

(222) È noto che il Cajetanus è autore di trattatelli sul Monte di Pietà (1498), sui cambi (1499) e sulle usure (1500), che sono tra le prime opere dedicate esclusivamente a questioni economiche e che ebbero una larga circolazione nel XVI secolo (v. R. de ROOVER, *L'évolution*, cit., p. 178).

(223) «Adhibitis scilicet honestis pretiis, secundum iudicium sapientum in illa arte, illo tempore, in illo loco, cum tali persona; et breviter, consideratis individualibus conditionibus, quae scientificae determinationi non subsunt» (T. de VIO cardinalis CAIETANUS, *De societate negotiatoria*, cit., n. 433, p. 177).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'uno dall'altro (231), il Lugo riproponeva con estrema chiarezza quella impostazione liberistica che già si leggeva nel *Tractatus* di Eck: il possessore del capitale poteva ben assoggettare il conferimento del denaro alla condizione che ne fosse assicurata la restituzione e la produzione di un (modesto) lucro, mentre, d'altra parte, il socio-mercante era libero di concludere o meno il contratto che risultava da questa complessa pattuizione (232).

L'analisi del Lugo, che prendeva ancora le mosse dalla *natura contractus* — il teologo parlava propriamente di una *virtus praecisa* del contratto, derogabile dalle parti (233) — era nettamente orientata a considerare il contratto come una regolamentazione di interessi liberamente espressa dai soggetti, e l'*aequalitas* a cui il Lugo si richiamava era riferita non tanto all'oggettivo dettato contrattuale bensì alla libera proposta ed accettazione delle pattuizioni.

Si consideri ancora la risposta del teologo ad una delle obiezioni principali proposte contro la liceità del contratto trino: secondo tale obiezione la fattispecie integrava gli estremi del mutuo e non della società, giacché, nonostante che il denaro fosse conferito *ad negotiandum*, il capitalista non aveva alcun interesse a controllare che il «socio» esercitasse l'attività di impresa, essendo sufficiente per lui la soddisfazione del proprio credito alla scadenza pattuita. Secondo gli avversari del contratto trino, ciò provava, da un lato, che il capitalista, privo di interesse nella gestione dell'affare, non era socio, e, dall'altro, che non rimaneva affatto proprietario del denaro su cui non esercitava alcun controllo: si trattava perciò di una figura coincidente con quella del mutuante (234).

Per Lugo le cose stavano diversamente. Il totale disinteresse del capitalista per l'impiego del denaro non poteva costituire un indice

---

(231) Come notava lo stesso Lugo, era questo un aspetto diverso dal «*simul*», perché riguardava il profilo funzionale (J. de LUGO, *Tractatus de justitia et jure*, cit., disp. XXX, sect. IV, n. 46, p. 586).

(232) *Ivi*; sulle stesse posizioni anche L. LESSIUS, *De iustitia et iure*, cit., lib. II, cap. 25, dub. III, n. 26 (ma nell'ediz. adoperata la numerazione passa dal 26 al 29), p. 260 (cfr. J.T. NOONAN jr., *The Scholastic Analysis*, cit., p. 224) e L. DUARDUS, *De societatibus*, cit., lib. II, cap. IV, q. 7, nn. 21-22, pp. 202-03.

(233) J. de LUGO, *Tractatus de justitia et jure*, cit., disp. XXX, sect. IV, n. 42, p. 583.

(234) Un'obiezione simile era stata formulata da Soto: v.*supra*, nt. 226.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che egli si fosse privato della proprietà, giacché il *dominium* è una *potestas* e basta appunto che il socio-capitalista possa opporsi all'uso indebito del denaro fatto dal socio-mercante: il proprietario ha, insomma, la facoltà di opporsi, che tutt'altra cosa dall'obbligo. Era sufficiente, perciò, secondo il Lugo che all'atto della conclusione del contratto fosse presente l'*animus negotiandi* (235). In tal modo, la concezione della proprietà come *potestas* si saldava a quella del contratto come espressione della volontà, in una visione i cui caratteri di modernità non c'è bisogno qui di rimarcare (236).

Come si è visto, nell'attribuzione di un significato moderno alla teoria dei *substantialia, naturalia* e *accidentalia contractus*, in quel campo di sperimentazione costituito dal contratto trino, furono protagonisti i teologi, a cui si devono le premesse, la compiuta elaborazione ed infine la consolidazione della dottrina, portata alle estreme conseguenze. A parte Zasius, che peraltro fu spinto a pronunciarsi per i particolari rapporti di conoscenza con Eck e con gli ambienti umanistici bavaresi, i giuristi civilisti rimasero sostanzialmente appartati, paghi di quanto teologi e canonisti andavano delineando su una materia evidentemente sentita troppo condizionata dalle implicazioni morali.

Si potrebbe forse ricordare la presa di posizione di Bartolomé de Albornoz, la cui *Arte de los contractos* (1573), scritta quand'era ancora studente, mostra che il futuro professore e avvocato della Cancelleria del Messico aveva già pienamente maturato l'esigenza di un rinnovamento del diritto (237). All'interno di una trattazione intenzional-

---

(235) J. de LUGO, *Tractatus de justitia et jure*, cit., disp.XXX, sect. IV, n. 44 ss, p. 584 ss.

(236) Sulla concezione della proprietà come *potestas*, anche con riferimento alla posizione del Lugo, v. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, p. 176 ss.

(237) L'opera, scritta nella lingua nazionale, si proponeva di disporre in modo sistematico la materia dei contratti contenuta nella legislazione del Regno (B. de ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, Valencia 1573, conclusion, f. 174 va); in particolare, ogni contratto veniva studiato secondo i principi di cui constava e secondo i rapporti con gli altri contratti (f. 174 vb), ma con chiari intenti pratici (ff. 175 vb-176 va). Di recente sono stati richiamati alcuni aspetti significativi dell'opera dell'Albornoz: v. da ultimo C. PETIT, *Derecho comun y derecho castellano. Notas de literatura juridica para su estudio (siglos XV-XVII)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, L, (1982), p. 191 nt. 128.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente priva di riferimenti dottrinali (238) ed esplicitamente orientata a tradurre l'arte del giurista al servizio della coscienza (239), la parte dedicata al contratto trino si contrapponeva alla tesi del Navarro. In particolare, l'Albornoz sosteneva che ciò che per il socio è lecito porre in essere con un terzo, può essere illecito in relazione a un altro socio giacché la qualità delle persone incide sulla sostanza del contratto (240); inoltre il patto di assicurazione del guadagno applicato al contratto di società lo rendeva a sua volta illecito, perché, mentre violava la sua sostanza, si trasformava in usura.

Come si vede, nell'appoggiare le posizioni rigoristiche l'Albornoz era costretto a fare ricorso alla discriminante soggettiva data dalla qualità delle persone contraenti e a una rigida concezione della struttura del contratto di società: il che, tenuto conto che si trattava di un giurista aperto al nuovo e critico verso la giurisprudenza del diritto comune, testimonia forse la difficoltà di cimentarsi, in piena libertà ma con gli strumenti tradizionali, su una materia sentita come densa di pericoli per la salvezza dell'anima.

Sta di fatto che sarà nel Seicento, allorché il dibattito tra i teologi avrà perso le asprezze polemiche, che i civilisti sapranno esprimersi da protagonisti, anche se non sempre con posizioni originali, sulla questione del contratto trino (241), a cui in particolare verrà applicato il concetto di sinallagma o di causa (242).

L'opera dell'Albornoz, al pari di quelle del Mercado, del Lopez e del Garcia citate in precedenza, è assai utile per scoprire la coscienza di un nuovo gruppo dirigente, formato da artigiani ricchi e commercianti: v. J.A. MARAVALL, *Potere, onore, élites nella Spagna del secolo d'oro*, trad. it., Bologna 1984, spec. p. 290 ss; v. anche K.O. SCHERNER, *Die Wissenschaft*, cit., p. 820.

(238) B. de ALBORNOZ, *Arte de los contractos*, cit., lib. I, tit. XIV, cap. XVI, f. 26 va.

(239) *Ivi*, lib. I, prologo, f. 4 v.

(240) In proposito, l'Albornoz faceva l'esempio del congiungimento carnale tra padre e figlia, illecito proprio per la qualità delle persone (la trattazione del contratto trino è in *op. cit.*, lib. I, tit. XIV, ff. 25 ra-27 vb).

(241) S. SCACCIAE *Tractatus de commerciis et cambio*, § 3, glos. 3, n. 36 ss (ediz. Romae 1619, p. 623 ss); R. DE TURRI, *De cambiis*, cit., (v. *supra*, nt. 195), H. LEOTARDI, *Liber singularis de usuris et contractibus*, quaest. XXXI, n. 10 ss (ediz. Venetiis 1655, p. 166 ss).

(242) «Et licet hic emptio proprie intelligi non possit ...quia nullum pretium intervenire videtur, satis tamen est, ut negotium habeat Synallagma id est causam, ut inde obligatio, et civilis actio nascatur *l. 7 § 2 ff. de pact.* [D. 2, 14, 7, 2]» (H. LEOTARDI *Liber*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E in proposito, per terminare accennando all'aspetto forse più interessante dell'elaborazione civilistica, si può considerare una *decisio* contenuta nella raccolta dell'Armenzani che, senza curarsi del dibattito dottrinale, faceva i conti specialmente con la citata bolla *Detestabilis* (243).

La questione trattata nella *decisio* nasceva dalla circostanza che, scaduto il termine convenuto, la parte obbligatasi a restituire il capitale affidatole più gli interessi aveva eccepito che si era in presenza di un contratto con patto di interessi, che contravveniva appunto alla bolla di Sisto V. Occorreva, innanzi tutto, determinare a quale specie di contratto le parti avessero dato vita e il giurista notava che la normativa pontificia riguardava gli accordi concernenti la produzione di interessi di una somma conferita *ex causa societatis*, non invece accordi simili che si inquadrassero in altri schemi contrattuali, procedenti *ex fonte societatis* ma animati *ex alia finali causa* (244); ora, nella fattispecie in esame sussisteva sicuramente un contratto di società, cui peraltro erano connessi dei patti che ne mutavano la *natura* e che anzi, essendo differente la causa, davano vita a contratti diversi (245). E qui l'Armenzani si lanciava

---

singularis de usuris et contractibus, cit., quaest. XXXI, n. 15, p. 167). Sull'uso dell'elemento della causa ai fini del giudizio di liceità della *rente constituée* (che pure svolgeva la funzione di "scavalcare» il divieto di usure) da parte dei giuristi francesi a partire da Dumoulin v. V. GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVII, (1969), pp. 37-38.

(243) *Decisiones Almae Rotae Civilis Serenissimae Reipublicae Genuensis cum aliquibus Lucensibus auctore Flaminio* ARMENZANO, Aesii 1679, dec. XLVI, pp. 145-48. Un severo giudizio su questa raccolta di *decisiones* venne formulato dal Casaregi: v. V. PIERGIOVANNI, *Dottrina, divulgazione e pratica alle origini della scienza commercialistica: Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi, appunti per una biografia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX, (1979), n. 2, p. 307 nt. 68.

(244) «Clarum est constitutionem voluisse pecuniam tam ex fonte, quam ex causa societatis provenisse, dum verba ad societatem solummodo tendant, non autem ad alium contractum ex fonte societatis procedentem, sed ex alia finali causa» (*Decisiones Almae Rotae Civilis Serenissimae Reipubblicae Genuensis*, cit., dec. XLVI, n. 7, p. 146). È appena il caso di precisare che si trattava di un'interpretazione che sovvertiva la disposizione papale, la cui *ratio* era quella di evitare la pratica di coloro che andavano «speciosum et honestum societatis nomen suis foeneratitiis contractibus praetexendo» (così la cit. costituzione di Sisto V, p. 783).

(245) «Quae [causa finalis] in ipsis pactis contractui societati commixtis efficit, ut secundus et tertius contractus non sint ijdem cum primo, sed alter ab eo diversus, licet

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in una di quelle affermazioni che per il loro significato generico dicono poco o niente, ma che nel caso costituiva il perno del ragionamento: «et illa [causas finalis] non solum dat esse istis contractibus, verum esse radix, unde manatur obligatio, quae dat normam et esse contractibus» (246).

Infatti, guardando alla *mens* dei contraenti piuttosto che alle parole usate nell'*instrumentum*, era possibile riconoscere un secondo contratto di assicurazione del capitale, distinto dal primo «ex causa, modo et forma, licet ab eodem fonte proveniat» (247); e ancora un terzo contratto, che assicurava un lucro da trarre dall'attività di impiego del denaro. Supposto, infatti, un certo guadagno dall'investimento del capitale, la parte che aveva conferito il denaro si riservava il diritto di percepire gli utili in una percentuale preventivamente fissata (248).

Certo, si avvertiva che l'intera impalcatura del ragionamento era valida in quanto il lucro fosse determinato in misura moderata, il che avrebbe rimosso il sospetto di usure (249); e si soggiungeva, inoltre, che sarebbe stato opportuno che nel medesimo *instrumentum* i tre contratti fossero riportati in capitoli separati per chiarire che tutti e tre procedevano dalla stessa fonte ma avevano ognuno una *causa* distinta (250). Ma gli atti allegati furono sufficienti a far condannare il convenuto alla restituzione del capitale e a corrispondere gli interessi pattuiti.

Rispetto ad altre trattazioni, dal taglio spiccatamente dottrinale, la *decisio* dell'Armenzani appare sicuramente meno provveduta nell'analisi dei vari profili connessi con la dottrina del contratto

---

cum eo commixtus; primus enim ex quadam societate procedit, secundus vero et tertius immutaverunt societatis naturam cum causa diversa sit» (*ivi*).

(246) *Ivi*.

(247) *Ivi*, n. 11, p. 147. Il giurista accennava, senza ulteriormente soffermarsi, alla tesi per la quale, dato che la proprietà del denaro restava al capitalista, si considerava costituito un rapporto di locazione d'opera e non di società (in questo senso, e contro la liceità del contratto trino, si era pronunciato F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. VI, tit. VII: nell'ediz. Romae 1609, t. I, pp. 382-83).

(248) *Ivi*, n. 14 ss, p. 147.

(249) *Ivi*, n. 21, p. 147.

(250) *Ivi*, n. 24, pp. 147-48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

trino, alla quale, del resto, si riferiva con citazioni quasi sempre di seconda mano; ma è importante rilevare che, nell'usuale ricorso alla scomposizione del rapporto posto in essere, ogni obbligazione veniva riconosciuta autonoma perché fondata su una propria *causa*, anche se si affermava che la fonte era unica.

Le rispettive cause finali, che in questo caso l'interprete deduceva dall'accordo e dalla situazione implicata dal rapporto principale, costituivano dunque il fondamento che rendeva possibile costruire i diversi contratti: costruzione forse un po' barocca, ma che il mondo del diritto adoperava per far valere quel che le parti avevano stabilito e che indubbiamente fuoriusciva dalla *natura* del contratto di società.

Il mondo del diritto: anche quello più legato alla pratica, dal momento che la teoria del contratto trino era sì una costruzione dottrinale, ma era così strettamente legata all'esperienza commerciale che i teologi e i canonisti, che pure guardavano *in primis* alle esigenze dell'anima, non nascondevano di parlare dietro le sollecitazioni della pratica degli affari; e del resto, come mostra la *decisio* dell'Armenzani o altre che si potrebbero citare (251), essa ebbe piena cittadinanza nella giurisprudenza dei Tribunali (252).

---

(251) Va ricordata almeno la posizione del De Luca (1614-83), contrario all'ammissibilità dell'interesse richiesto in dipendenza di un contratto trino: posizione espressa in un *discursus arbitramentalis pro veritate*, in una causa in cui il De Luca agiva per i debitori (v. J.B. De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. V, pars I, de usuris et interesse, disc. I: nell'ediz. Neapoli 1758, p. 1 ss). Per passare ad un altro ambiente e ad un'epoca più recente, a seguito di un contratto stipulato il 9 ottobre 1757 diretto a stabilire una fabbrica di cera attraverso il conferimento di 1000 scudi da parte del socio capitalista, con l'onere per il socio imprenditore di assicurare la restituzione del capitale e di corrispondere un lucro del 13%, la R. Governazione di Sassari ritenne pienamente efficace le obbligazioni che ne nascevano; in appello, invece, la R. Udienza opinò che si trattasse di un mutuo illecito, giacché l'intero rapporto poteva restare valido solo se fossero intervenuti tre distinti contratti: notizie nella memoria, del 21 settembre 1767, firmata dal marchese della Planargia, Giuseppe Aragonez, Martino Bologna, e Giambattista Isolero, tutti giudici chiamati dal governo torinese a dare un parere sul problema delle usure (la memoria, in copia, è in *Arch. di Stato di Cagliari, Segreteria di Stato*, s. II, c. 1739: sul punto ff. 203 v-204 r).

(252) J. P. Lévy, *Un palliatif*, cit., pp. 432-33 si è chiesto se il contratto trino fosse realmente utilizzato nella pratica del diritto o fosse solo una costruzione dottrinale astratta.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCA MANNORI

PER UNA 'PREISTORIA' DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune

1. Premessa: il problema delle origini della funzione amministrativa contemporanea e dei suoi 'precedenti storici'. — 2. Funzione amministrativa e forme di Stato: richiamo della problematica storiografica e piano di lavoro. — PARTE PRIMA: *Potere di comandare e potere di giudicare nella riflessione dei giuristi di diritto comune durante l'età moderna.* — 3. Cenni sul concetto di 'imperium' nella giuspubblicistica tardo-medievale. — 4. L'avvio del dibattito umanistico sul tema dell''imperium'. — 5. Lo sviluppo del dibattito nel corso dei decenni centrali del Cinquecento. — 6. Il contributo bodiniano. — 7. «Magistratus» e «administratores» secondo la dottrina di Ugo Donello. — 8. L''imperium' magistratuale nella presentazione di Charles Loyseau. — 9. Oltre il grande dibattito: fedeltà alla tradizione e nuove sistemazioni nella più tarda giuspubblicistica francese. — PARTE SECONDA: *La forma giuridica delle attività materialmente amministrative nel quadro dello Stato giurisdizionale.* — 10. Il dualismo 'iurisdictio-administratio' e le sue implicazioni. Sviluppi e limiti della attività 'economica' nel lessico dei giuristi. — 11. I contenuti dello 'ius dicere'. La potestà edicente. — 12. La potestà di concedere e beneficare. — 13. La potestà di comandare e disporre nei casi concreti. — 14. La processualizzazione del comando ed i suoi corollari. - 14.1 L'attivazione: carattere formalmente eccezionale della procedura «ex officio» rispetto a quella ad istanza di parte. - 14.2 La decisione: generalità e cogenza del principio del contraddittorio. - 14.3 Le limitazioni al principio del contraddittorio, ovvero i casi di ammmissibilità del 'praeceptum ex abrupto'. - 14.4 *Segue:* l'*'executio parata'* a favore del *'fiscus'*. - 14.5 I rimedi contro l'atto di comando ed il loro carattere normalmente sospensivo. — 15. Conclusione.

1. Che il cosiddetto 'Stato moderno' si differenzi dagli ordinamenti precedenti per aver esteso gli scopi del suo esistere dall'ambito della mera 'giustizia' a quello della 'amministrazione', questo è forse uno dei più usitati luoghi comuni di tutta la storiografia giuspolitica. Come tutti i luoghi comuni, esso esprime qualcosa di certamente fondato: nel senso che a partire dal XVI secolo gli enti politici «superiorem non recognoscentes» iniziano ad assegnarsi una quantità di compiti che nella fase storica precedente avevano esple-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tato solo in misura ridottissima o occasionale. Li vediamo ora impegnati non solo a raccoglier grandi eserciti professionali ed a procurarsi le ingenti risorse finanziarie correlative, ma anche a farsi carico della organizzazione complessiva della società cui sono preposti attraverso una forte concentrazione della decisionalità — per esempio, sviluppando una propria politica economica, subordinando strettamente a sé le istituzioni religiose e culturali, facendosi carico della prevenzione e della cura di molti rischi sociali e così via. Tutto ciò in contrapposizione ad una civiltà medievale in cui l'ordinamento generale si era limitato essenzialmente al ruolo di semplice giudice/giustiziere, ed in analogia, invece, agli Stati contemporanei.

Da questa constatazione, tuttavia, secondo cui lo Stato d'antico regime è assegnatario di compiti 'amministrativi', non discende affatto la conseguenza che esso sia anche titolare di una 'funzione amministrativa'.

Non è questo il luogo per impegnarsi in una discussione di teoria generale sul concetto di funzione (1). Basti qui ricordare che con questo lessema si intende di solito un'attività continuativa che un certo soggetto è tenuto a svolgere per soddisfare ad un interesse distinto dal proprio, e che perciò viene qualificata dall'ordinamento in modo da risultare giuridicamente controllabile (2). A questo livello di generalità si può ritenere che la nozione appartenga indifferentemente al diritto pubblico e privato (3) (come sembra in certo modo pensare la stessa dottrina intermedia) (4).

---

(1) Per un orientamento sul dibattito dottrinale contemporaneo in materia si può vedere F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969 e M.A. Carnevale Venchi,*Contributo allo studio della funzione pubblica*, vol. I, Padova, 1969; vol. II, Padova, 1974.

(2) Così, per tutti, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988 (2ª ed.), vol. II, p. 446.

(3) In tal senso si cfr. l'ampia disamina condotta da Carnevale Venchi, (*Contributo*, cit., vol. I, pp. 238-405), la quale rileva che assai spesso in diritto privato l'ordinamento attribuisce rilievo giuridico ad un'attività complessivamente considerata — oltre che ai singoli atti che la compongono —, soprattutto nell'ambito del diritto di famiglia e del diritto delle società commerciali, ove è normale l'affidamento ad un soggetto della cura continuativa di interessi alieni.

(4) La quale, identificata appunto la 'funzione' nell'espletamento di una attività di 'munus', distingueva poi tra «munera ex auctoritate privata», a carattere volontario

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, poiché l'esigenza di 'funzionalizzare' una certa attività è determinata appunto dal bisogno di sottoporla a controllo, la differenza tra le varie funzioni dipende non solo e non tanto dal tipo di compiti assegnati a ciascuna di esse, quanto dal tipo di tecnica giuridica che si presceglie volta volta per renderla controllabile. Risultando così del tutto normale che un medesimo tipo di compito possa essere svolto, in due ordinamenti spazio-temporalmente distinti, attraverso funzioni completamente diverse. Talvolta la differenza può consistere solo in certi aspetti della disciplina normativa (la funzione del tutore, per esempio, ha subito indubbi mutamenti dalla romanità ad oggi, pur mantenendosi, però, riconoscibile come tale in tutti gli ordinamenti occidentali). Talaltra invece può venir meno la stessa identità della funzione, pur in presenza di una analoga attività sostanziale. Così appunto si verifica per la funzione 'amministrativa'. La quale, attribuendo all'espressione il suo corretto significato, consiste in quello specifico modo di assolvere ai compiti amministrativi (propri, grosso modo, di tutti gli Stati moderni) caratteristico di certi ordinamenti soltanto (quelli continentali) nella fase più recente della loro storia (a partire dall'inizio del XIX secolo) (5).

Lasciando al comparatista il compito di occuparsi delle differenze sincroniche tra gli ordinamenti 'a diritto amministrativo' e quelli anglosassoni, e limitandoci a considerare la formazione storica dei primi, si può in proposito ricordare:

— che mentre da sempre (e comunque certamente dall'età

(come quello del 'procurator') e «munera ex auctoritate publica», a carattere necessario (tali cioè che «inviti suscipiunt»: così, per es., J. CUJAS, *Commentarii in Lib. V Responsorum Papiniani*, in *Opera omnia*, Neapoli, 1722-27, t. IV, *ad. l. Quando ex facto*, c. 1025); e suddistingueva poi questi ultimi in «munera publica ex utilitate privata» (come, tipicamente, la cura di soggetti incapaci) e in «munera ex auctoritate publica», consistenti nel realizzare interessi di collettività organizzate.

(5) Nell'ambito della dottrina italiana contemporanea, il merito di aver richiamato l'attenzione sui caratteri storici costitutivi del concetto giuridico di amministrazione è da ascriversi soprattutto a M.S. GIANNINI, (*Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, già in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 179 ss.; *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. I, p. 28 ss.; *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, pp. 3-63; *Il potere pubblico. Stati e pubbliche amministrazioni*, Bologna, 1986, pp. 7-56).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

intermedia) i concetti di funzione 'giurisdizionale' e di 'funzione legislativa' sono stati familiari alla cultura giuridica, di una funzione 'amministrativa' come attività specificamente pubblicistica da disporre accanto alle altre in posizione di pari dignità non si parla fin quasi alla fine del Settecento — il termine 'amministrazione' evocando soltanto una generica gestione di interessi patrimoniali per conto terzi, come ancor oggi in diritto privato;

— che anche quando esso, soprattutto nell'ambito dell'esperienza francese, inizia ad assumere un significato funzionale vicino a quello odierno (a seguito della sua congiunzione col predicato 'publique') (6), questa evoluzione si compie più nell'ambito del linguaggio burocratico e della trattatistica 'politologica' che non grazie agli sforzi autoconsapevoli della dottrina giuridica (7);

— che i tecnici del diritto assegneranno all'amministrazione un posto centrale nella ricostruzione giuridica dell'ordinamento pubblico solo a partire dai primi decenni dell'Ottocento.

Su questi dati, ormai storiograficamente acquisiti, non è necessario insistere ulteriormente.

Il problema che invece si pone a seguito di questa rilevata assenza lessico-concettuale è quello di stabilire attraverso quali modelli funzionali si svolgessero in pratica, e si rappresentassero in teoria, tutti quei compiti materialmente amministrativi che pur si vanno consolidando già nel corso del XVI secolo.

La questione, sotto un certo profilo, non è affatto nuova ed ha ricevuto le sue risposte: le quali però sono state formulate privilegiando l'osservazione delle più evolute esperienze statuali, preferenzialmente colte nella fase terminale del loro sviluppo storico. Se ne

---

(6) Come risulta da studi recentemente condotti su repertori, lessici e opere generali (cfr. per es. M. Boulet Sautel, *Un traité de science administrative à la fin de l'ancien régime*, in *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980, p. 57 ss., J.L. Mestre, *Administration, police, et enseignement des disciplines administratives en Allemagne, France et Italie aux XVIIIe et XIX siècles*, in *Annuaire Européen d'Administration publique*, XI (1988), p. 637 ss., A. Cremer, *L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du 17e et 18e siècle*, in *Jarhbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte*, I (1989), pp. 1-13, H.E. Bödeker, «*Verwaltung*», «*Regierung*», «*Polizei*» *in deutschen Wörterbüchern und Lexica des 18. Jahrunderts*, *ibidem*, pp. 15-32).

(7) In sintesi sul punto J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, 1985, pp. 165-167 e 179-180, con ampi riferimenti alla letteratura.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sono perciò ricavati dei paradigmi atti a cogliere, dell'età moderna, più la sua tensione verso la contemporaneità che non i suoi caratteri strutturali e fondanti. Studi recenti hanno richiamato invece l'attenzione sul perdurare, fino ad epoche estremamente avanzate, di modelli funzionali teorico-pratici intimamente legati alla tradizione giuridica medievale (8).

Ed è appunto facendo seguito a tali puntuali sollecitazioni che si vorrebbe qui ridiscutere daccapo tutto il problema storico delle pubbliche funzioni, nel tentativo di definire un nuovo modello d'interpretazione, capace di dar meglio conto di tutto quel versante della statualità moderna che si afferma proprio all'insegna della continuità con il passato e dell'ossequio formale ai valori tradizionali.

2. Non inutile, prima di iniziare il nostro discorso, un brevissino richiamo dei tratti salienti della c.d. funzione amministrativa contemporanea; ed un parallelo chiarimento circa i significati che in questa sede saranno attribuiti a tale espressione, per sua natura non certo esente da ampi margini di ambiguità.

Innanzitutto va precisato che, parlando di amministrazione, qui si pensa soprattutto alla correlativa attività 'statale' di oggi — concettualmente corrispondente, negli ordinamenti che ci accingiamo a studiare, al governo esercitato da ogni 'centro' sulla propria 'periferia' —. L'amministrazione 'locale', invece, — a cui fa riscontro, nel mondo dell'antico regime, l'autogoverno dei corpi territoriali organizzati — è lasciata volutamente fuori dall'ambito della nostra indagine. Quel che qui interessa, infatti, è solo l'area della etero-amministrazione: la quale si ispira a principii fondamentalmente diversi da quelli che reggono e reggevano il mondo delle autonomie. Soltanto la dottrina ottocentesca, fiorita in un'epoca di

(8) Ci riferiamo soprattutto ai contributi di A.M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes de jus commune dans le domaine de l'administration*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, Europäische Ansichten*, a cura di E.V. HEYEN, *Ius Commune*, Sonderhefte XX, Frankfurt am Main, 1984, p. 1 ss., e ID., *Justiça e administraçao entre entiguo y nuevo régimen*, in Atti del convegno *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, 1990, p. 135 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

accentramento senza precedenti, ha potuto ricondurre le due esperienze ad un comune denominatore linguistico-concettuale, ed anche allora non senza grosse forzature ([8-bis]).

Nell'ambito della complessiva attività statale, poi, un primo, ovvio criterio per isolare quella amministrativa dalle altre consiste nel rilevare la sua specifica pertinenza ai 'pubblici apparati' — espressione del linguaggio sociologico con cui si abbraccia quell'insieme di soggetti istituzionali destinati a coadiuvare e a servire i titolari del potere politico ([9]). 'Amministrazione' continua ancor oggi ad essere il reciproco di 'costituzione', ed in questo a distinguersi facilmente dalla funzione legislativa e dalle altre funzioni di livello costituzionale (tanto che secondo una vecchia presentazione essa troverebbe la propria ragione d'essere nella esecuzione della legge prodotta dal vertice politico dello Stato).

Già da questo banale rilievo si ricava che, volendo ricostruire la forma funzionale dell'attività 'amministrativa' nello Stato moderno, occorrerà prima di tutto escludere dall'area della ricerca le funzioni svolte dai protagonisti politico-costituzionali del tempo (o dagli apparati stessi in quanto aspiranti a giocare un ruolo costituzionale) e concentrarsi sulle sole funzioni subordinate. Il fatto, per esempio, che secondo la dottrina giuspolitica rinascimentale il soggetto apicale di ogni ordinamento (qualificato come «princeps») sia riconosciuto titolare di un potere 'assoluto' o 'sovrano' (e quindi dotato della facoltà di derogare al diritto oggettivo attraverso libere manifestazioni di volontà imperativa, a contenuto sia generale che particolare, immediatamente obbligatorie per i loro destinatarii) non consente di trarre alcuna conclusione circa la natura dell'attività dei

---

([8-bis]) Basti rinviare a G. Berti, *I caratteri dell'ordinamento comunale e provinciale*, Padova, 1969, che è stato uno dei primi a rivendicare l'etorogeneità dogmatica delle funzioni locali rispetto a quelle dell'amministrazione statale. Con ciò, naturalmente, niente vieta allo storico di valorizzare le pur fitte analogie esistenti tra la forma giuridica propria dell'amministrazione comunitativa d'antico regime e quella dell'attività amministrativa di oggi (per un assai felice tentativo del genere vd. J.L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'ancien régime: le contentieux des communautés de Provence*, Paris, 1976).

([9]) Per una definizione del concetto assai adatta ad un impiego sul terreno storiografico cfr. G.F. Miglio, *Premessa ad una metodologia della storia amministrativa*, in *Annali F.I.S.A.*, I (1964), p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

suoi 'aiutanti' — chè anzi quello della comunicabilità del potere dal vertice agli apparati è proprio il grande problema di tutta la storia amministrativa moderna —. Non si può perciò consentire fin d'ora a vedere nella figura dell'*actus principis*, di cui il pensiero giuridico intermedio tratteggia il profilo nella sede della teoria del rescritto (10), la diretta progenitrice dell'atto amministrativo contemporaneo (11), appunto perché non si può ritenere secondario che la potestà di emanare quell'atto fosse riservata esclusivamente al principe in quanto titolare di attribuzioni costituzionali, e restasse ordinariamente preclusa ai suoi apparati, come si vedrà meglio più oltre. E neppure si può concordare, allora, con chi ritiene che l'assenza di un diritto amministrativo nell'àmbito delle esperienze d'antico regime dipenda (soltanto) dalla tendenziale insindacabilità degli atti del principe (12). A questo proposito, infatti, è ben vero che

(10) In merito, resta fondamentale il contributo di U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, soprattutto al suo cap. IV, dedicato appunto al 'rescriptum contra ius' (p. 153 ss.). Tra le rivisitazioni più recenti del tema cfr. G. GORLA, *'Iura naturalia sunt immutabilia'. I limiti del potere del 'principe' nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea, Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze, 1982, p. 629 ss., D. QUAGLIONI, *'Les bornes sacrées de la loy de Dieu et de nature'. La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella 'République' di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento*, XIV (1988), p. 95 ss.

(11) Un suggerimento esplicito in tal senso in M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 158; ove, rilevato che i caratteri generali di questa specie di atto sono la assolutezza, la atipicità e l'insindacabilità, si indica in sostanza nel provvedimento d'amministrazione ottocentesco la nuova forma giuridicamente regolata del suo esistere, entro un contesto in cui vigono ormai i principi della separazione costituzionale dei poteri, della legalità e della soggezione dell'attività pubblica al controllo giurisdizionale.

(12) Così E. CANNADA BARTOLI, *'Vanum disputare de potestate'. Riflessioni sul diritto amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. III, p. 189 ss. Non condivisibile sotto questo profilo, la tesi complessiva dell'Autore in esame è peraltro degna della massima attenzione nella sua proposta di postdatare la nascita effettiva del diritto amministrativo ben oltre la Rivoluzione francese o le soglie iniziali dell'Ottocento, per ricondurla invece al momento in cui, nell'ambito dei vari ordinamenti, prende forma un sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione sufficientemente strutturato. Sostanzialmente d'accordo — anche se sulla base di motivazioni in parte diverse — L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medio evo al XIX secolo), ad vocem*, in *Digesto IV, Discipline pubblicistiche* vol. V, Torino, 1990, p. 171 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

i giuristi premoderni, pur avendo costruito tutto un reticolo di limitazioni attorno alla capacità dispositiva del sovrano, in linea di principio continuavano a ritenere «vanum disputare de potestate Principis» (13), in quanto quest'ultimo non era vincolato al rispetto delle leggi positive: ma in ciò essi non esprimevano altro che una convinzione omologa a quella del giurista contemporaneo, che ritiene vano disputare della potestà del legislatore al di là dei limiti e delle sedi in cui è ammesso il sindacato degli atti aventi forza di legge. La problematica del rescritto e dell'atto del principe appartiene in realtà alla storia del diritto costituzionale e cade al di fuori del nostro campo di ricerca.

Individuato dunque nella subordinazione il primo, evidente elemento costitutivo della funzione amministrativa, ci si imbatte subito nella difficoltà di distinguere tra amministrazione e giurisdizione: ambedue funzioni dell'apparato, ambedue subordinate ed ambedue bene o male consistenti nell'attuazione di norme di varia natura. Dove la differenza?

La dottrina più risalente, come si sa, tendeva a vedere tra le due un distinguo per così dire ontologico od oggettivo, indicando il contenuto della prima nell'applicazione della legge alla risoluzione delle controversie e quello della seconda nella «attività pratica che lo Stato dispiega per curare, in modo immediato, gli interessi pubblici che assume nei propri fini» (14). L'una avrebbe avuto natura 'dichiarativa' di un diritto preesistente, l'altra 'creativa' di nuovi rapporti giuridici — tanto che secondo alcuni gli organi amministrativi si sarebbero trovati «in rapporto alle norme giuridiche in una condizione analoga a quella in cui si trova un individuo » ed i loro atti si sarebbero disposti sullo stesso piano ideale dei negozi privati, pur distinguendosi da essi per il loro contenuto autoritativo (15) —. La

(13) Come si esprime appunto il Cardinal De Luca in un luogo del *Theatrum* particolarmente valorizzato da Cannada.

(14) Così G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 233, in aderenza ad una impostazione ancora schiettamente pandettistica. Sulla concezione 'oggettiva' e sulla teoria 'formale-sostanziale' che ne costituisce la tela dogmatica cfr. ancora CARNEVALE VENCHI, *Contributo*, cit., vol. I, pp. 27-64, ove si ripercorre la formazione storica di questa dottrina a partire da Laband fino a Fleiner.

(15) Così per es. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1960 (rist. inalterata della prima ed. Milano 1911 con note di aggiornamento di G. MIELE), p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dottrina normativista, d'altra parte, ha evidenziato più tardi come anche l'attività amministrativa, dal punto di vista strettamente giuridico, consista nell'applicare norme (amministrative) secondo processi concettuali non decisivamente diversi da quelli compiuti dal giudice in sede di applicazione di leggi civili o penali. Anche l'autorità amministrativa chiamata a realizzare un qualunque tipo di interesse pubblico attraverso un atto autoritativo «accerta la fattispecie prevista dalla norma generale come condizione dell'atto coercitivo» e conseguentemente lo emana, agendo in modo non diverso da un organo giurisdizionale che pronunci una sentenza, per quanto si trovi talvolta dotata di una libertà di apprezzamento maggiore ([16]). Questo parallelismo sostanziale, certo, vien meno laddove la pubblica amministrazione non si presenti come 'potere' ma eroghi servizi e costruisca infrastrutture utilizzando gli strumenti del diritto privato a disposizione di qualunque altro soggetto dell'ordinamento (c.d. attività di 'amministrazione diretta'). Ma fintantochè essa si ponga come autorità, non c'è niente nel suo agire che non potrebbe essere trasposto in forma giurisdizionale; e viceversa non c'è niente nella funzione giurisdizionale che non potrebbe essere trasposto in forma amministrativa — l'una e l'altra risolvendosi sostanzialmente in una attività di specificazione normativa.

La sola, vera differenza tra le due funzioni si riduce allora alla forma. Nell'un caso l'autorità pubblica specifica norme seguendo la forma del 'processo', nell'altro seguendo quella del 'procedimento amministrativo'. La diversa specificità delle due tecniche dipende dal fatto che l'atto d'amministrazione si ritiene diretto a soddisfare principalmente l'interesse dell'ente che lo emana (lo Stato-Amministrazione), modificando la sua stessa posizione giuridica rispetto a quella degli altri soggetti dell'ordinamento; mentre l'atto giurisdi-

---

([16]) H. KELSEN, *Giurisdizione e amministrazione*, ora in ID., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. GERACI, Milano, 1982, p. 131. Sul contributo del normativismo al diritto amministrativo tra le due guerre cfr. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, *passim*. La potenziale fungibilità tra amministrazione e giurisdizione era stata comunque già avvertita dalla dottrina precedente (si pensi per tutti a O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, Leipzig, 1895, sez. II, §§ 7 e 8); il che ha indotto a vedere nel normativismo, più che la negazione dialettica della giuspubblicistica tedesca classica, il suo naturale momento di sbocco: CARNEVALE VENCHI, *Contributo*, cit., t. 1, p. 550 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionale è reso principalmente nell'interesse di coloro che ne fanno richiesta, e perciò modifica soltanto la posizione giuridica delle parti, lasciando invariata quella del giudice (17).

Di qui la differente connotazione del procedimento amministrativo rispetto al processo. Là la partecipazione dei destinatarii dell'atto autoritativo alla sua preparazione non è concettualmente necessaria (essi ne sono solo i soggetti passivi o gli occasionali avvantaggiati), mentre qua essa costituisce la condizione fondamentale per la validità di una procedura interamente finalizzata alla soddisfazione di una loro pretesa.

L'attività amministrativa contemporanea, insomma, deriva la propria connotazione dal fatto di imputarsi ad una persona giuridica portatrice d'interessi propri — che è lo Stato-potere-esecutivo, pensato come entificazione della collettività generale —, ed è dunque una forma 'interessata' di esercizio di potere; mentre quella giudiziaria è funzione dello Stato-ordinamento, e di conseguenza ha natura 'obbiettiva' e 'neutrale', e si esercita solo per mezzo del concorso delle parti.

Prendendo per buona questa presentazione della funzione amministrativa, possiamo ora cominciare a domandarci se nel corso dell'età moderna esistesse già un qualche tipo di attività pubblica subordinata — comunque essa si denominasse — capace di lasciarsi inquadrare entro queste coordinate.

Il quesito, com'è noto, ha ricevuto una risposta molto precisa ad opera soprattutto della dottrina tedesca; che già a partire dal secolo scorso rilevò come una funzione consimile non solo già esistesse nell'ambito dell'ordinamento pre-ottocentesco, ma fosse così caratterizzante del suo modo di essere da poter dare il nome alla sua forma di esistenza storica — che fu appunto battezzata 'Polizeistaat', in contrapposizione al vecchio Stato di giustizia del medioevo (18)

---

(17) In quest'ordine d'idee cfr. soprattutto F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II (1952), p. 118 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987 (5ª ed.), pp. 39-41; ID., *Funzione (teoria generale), ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma, 1989.

(18) La presentazione più classica in MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, cit., pp. 23-66. Un ripensamento critico in A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, pp. 60-77. Tra la letteratura meno antica, E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, Munchen, 1973 (10ª ed.) p.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

—. Si constatò, cioè, che nel corso del Sei-Settecento si erano venuti costituendo, nell'ambito delle varie organizzazioni pubbliche, alcuni apparati specializzati strettamente dipendenti dal vertice politico, operanti attraverso comandi ed atti di disposizione unilaterali del tutto autonomi rispetto alle regole processuali, in quanto tendenti a realizzare gli indirizzi del sovrano, conformemente a sua apposita commissione.

L'attività corrispondente, definita nel suo complesso come 'Polizei' o 'Police' e ben distinta da quella giudiziaria, ha un aspetto assai simile alla condenda funzione amministrativa dello Stato liberale ottocentesco: la maggior differenza formale rispetto ad essa riducendosi (almeno in apparenza) al fatto che mentre la 'polizia' si svolge entro spazi del tutto vuoti di diritto, senza assicurare alcuna precisa garanzia ai sudditi nell'atto in cui incide i loro diritti, l'amministrazione contemporanea si trova invece sottoposta alla legge in ogni momento del suo agire. Il XIX secolo avrebbe così ereditato dall'età moderna una funzione già consolidata nei suoi caratteri essenziali, e si sarebbe limitato a costruirvi attorno un'armatura di garanzie legali a favore degli amministrati ([19]). La vera creazione dell'Ottocento sarebbe dunque non il *potere* amministrativo, ma la *legalità* amministrativa (cioè il diritto amministrativo); di

---

41 ss. L'impostazione è stata poi sviluppata ampiamente sul terreno più propriamente storico-giuridico da una quantità di autori, tra cui, in Italia, si ricordi E. Bussi, *I principii di governo nello Stato di Polizia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IV (1954), p. 800 ss.; Id., *Stato, sudditi e sovrano nei giuristi tedeschi del XVIII secolo*, Padova, 1956; P. Schiera, *Il Cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, 1968; Id., *La concezione amministrativa dello Stato in Germania, (1550-1750)*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali* diretta da L. Firpo, IV, 1, Torino, 1980, p. 363 ss.).

([19]) Cfr. tipicamente le pagine introduttive di Berthélémy alla traduzione francese dell'opera di Mayer, indicate ad esempio da Jean Louis Mestre di un modo di pensare fino a ieri ancora diffuso tra i giuspubblicisti: «l'administration de l'ancienne monarchie française était essentiellement discrétionnaire. Elle n'etait pas contenue par aucune règle juridique. C'est très improprement qu'on aurait pu parler en ce temps de *droit administratif* puisqu'il n'existait aucune limite précise au pouvoir des agents du roi, aucune procédure obligatoire pour l'exercise de leurs fonctions, aucune 'liberté' que les 'sujets' puissent faire prévaloir sur les commandements donnés au nom du 'souverain' » (H. Berthelemy, *Préface* à O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, 1903, vol. I, p. I e II).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cui è strumento essenziale la *giustizia* amministrativa, inesistente nell'esperienza precedente.

Questo modello esplicativo ha avuto un enorme successo tra i giuristi, che nell'immagine stilizzata e profondamente contraddittoria dello Stato assoluto (come ordinamento caratterizzato da una concentrazione di potere eguale a quella dello Stato contemporaneo, e al contempo da una completa assenza di garanzie) hanno trovato il principale fondamento legittimante dello 'Stato di diritto' ad esso succeduto.

Non è questa la sede per impostare una critica 'interna' alla ricostruzione ora evocata. Valutandola, invece, per i soli contenuti che propone, risulta evidente che essa si può applicare solo a quegli ordinamenti moderni in cui si è verificato un effettivo 'sdoppiamento' delle burocrazie pubbliche, come nella monarchia francese o in quella prussiana. In questi Paesi, si sa, accanto ai vecchi apparati costituiti da uffici giudiziarii difficilmente controllabili dal sovrano (magari perchè divenuti proprietà dei loro titolari) si forma una parallela struttura di burocrati-commissari, fondata sul modulo procuratorio, che può essere considerata come il primo nucleo della futura Amministrazione (in senso soggettivo) ottocentesca (20). La differenziazione funzionale trova così il suo fondamento in una differenziazione organica precedente, che pur senza costituire una 'separazione dei poteri' in senso costituzionale divide i pubblici apparati in due settori tipologici già ben individuati.

È però altrettanto noto che in una gran parte dell'Europa continentale il fenomeno descritto non si verifica, o si verifica solo in misura marginale. Così appunto nella nostra penisola (21): ove, eccezion fatta per i dominii sabaudi, che mutuano il loro modello di

---

(20) Il paradigma giuridico di questa vicenda è stato individuato a partire dai noti studi di Otto Hintze (soprattutto *Il commissario e la sua importanza nella storia generale dell'amministrazione* e *Il ceto dei funzionari*, ora entrambi in O. HINTZE, *Stato e società*, a cura di P. SCHIERA, Bologna, 1980, pp. 1-26 e 159-201). Sulla figura del commissario come tipo sociologico generale e sul suo rilievo nella formazione degli apparati moderni utile anche J.A. ARMSTRONG, *The european administrative élite*, Princeton, 1973.

(21) Il rilievo emerge in tutta evidenza scorrendo la storiografia amministrativa meno antica: per una riflessione d'insieme sulla quale basti rinviare alle pagine introduttive di Cesare Mozzarelli alla prima parte del volume collettaneo *L'amministrazione nella storia moderna*, Archivio I.S.A.P. n.s., n. 3, Milano, 1985, vol. I, pp. 5-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

organizzazione burocratica periferica dalla Francia (22), in nessun altro Stato si riscontra una contrapposizione definita tra agenti diretti del principe e magistrature giusdicenti tradizionali. Dottrina e prassi, certo, ben conoscono la specificità della figura del commissario del sovrano — che oltralpe si avvia a diventare il principale protagonista della nuova macchina burocratica — rispetto a quella del magistrato delegato (22-*bis*). Solo che il commissario continua, da noi, ad essere essenzialmente un agente straordinario, nominato ora per gestire una situazione di crisi, ora per controllare le magistrature delegate, ora per risolvere una causa deferita al sovrano in via di supplica (23). E se non mancano certo situazioni in cui il titolare di commissione tende a stabilizzarsi e a divenire presenza permanente, in questi casi esso va a perdere, per lo più, la propria specificità e ad appiattirsi sul piano degli altri uffici delegati con cui alla fine si confonde — secondo un processo del resto già descritto nei suoi termini generali da Otto Hintze (24).

---

(22) Sul punto è sufficiente richiamare l'ampio saggio di H. COSTAMAGNA, *Pour une histoire de l''Intendenza' dans les etats de terre ferme de la Maison de Savoie à l'époque moderne*, in *Bollettino storiografico subalpino*, LXXXIII (1985), p. 373 ss., ed il contributo di C. GHISALBERTI, *Dall'intendente al Prefetto*, in ID., *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, 1963, in part. pp. 8-17.

(22-*bis*) Una specificità che anzi, come si sa, si sarebbe manifestata in origine proprio nell'ambito dell'organizzazione amministrativa della Chiesa romana — il prototipo del «commissarius» essendo appunto costituito dalla figura dello «iudex delegatus» descritta nelle Decretali di Gregorio IX: sul punto si può vedere ora R.C. FIGUEIRA, *The classification of medieval papal legates in the «Liber Extra»*, in *Archivium historiae pontificiae*, XXI (1983), p. 211 ss.

(23) Manca ancora uno studio generale sull'impiego dell'istituto commissariale nell'Italia moderna. Tra gli studi parziali, significativo quello di W.J. CONNEL, *Il commissario e lo Stato territoriale fiorentino*, in *Ricerche storiche*, XVIII (1988), p. 501 ss.; ove si registra appunto la frequente surroga di 'commissari' in luogo degli ufficiali ordinari da parte di Firenze sia per far fronte a contingenze militari, sanitarie o politiche che interessassero il territorio, sia per compensare in via eccezionale qualche membro dell'aristocrazia cittadina con un incarico conferito al di fuori dei normali sistemi di avvicendamento. Altro caso abbastanza noto è quello del legato apostolico (R.C. FIGUEIRA, *«Legatus apostolicae sedis»: the Pope's «alter ego» according to Thirteenth-Century Canon Law*, in *Studi medievali*, XXVII (1986), p; 527 ss.) a cui si ricorreva in ordine alle più disparate evenienze (dalla revisione di un processo alla amministrazione *pro tempore* di territori compresi nel dominio temporale).

(24) Esemplare, sotto questo aspetto, il caso toscano richiamato alla nota di sopra:

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Questo non significa, com'è ovvio, che anche negli ordinamenti peninsulari non si realizzi in varia misura quel disegno di accentramento territoriale che costituisce l'essenza del fenomeno 'Stato moderno'. Solo che esso non induce alcun processo di partenogenesi burocratica nell'ambito dell'apparato pubblico, che resta qualitativamente indistinto.

In particolare, per assicurare il governo della sua periferia, il centro utilizza da noi, un po' ovunque, una tipologia di ufficiale ordinario («rector civitatis» o «loci») caratterizzata da uno spettro di attribuzioni amplissimo. Il suo fulcro risiede nell'esercizio della giustizia (civile e penale), nel mantenimento dell'ordine pubblico, e nella vigilanza sulla fedeltà politica dei *loca subiecta* rispetto alla dominante o al *princeps*: ma di buon'ora la precettistica vi aggiunge il costante impegno a provvedere che «la... città sia fornita di vettovaglie», che «i contadini siano diligenti nel seminar le biade, nel piantar le viti, nell'incolmar gli alberi», che la mercatura sia fiorente e le arti meccaniche non neglette, che siano osservate certe cautele in materia di igiene pubblica onde prevenire pestilenze e contagi, e così di seguito (25). Infine, il magistrato è chiamato ad invigilare ovunque sul riparto della imposta erariale e sull'osservanza dei diritti del fisco, come pure ad esercitare il controllo contabile sugli ufficiali comunitativi addetti al maneggio del pubblico danaro, e talvolta quello tutorio sugli atti delle collettività locali. Una completa 'confusione di poteri', dunque; che risulta del resto facilmente comprensibile se si considera che il 'rector' dell'età moderna si pone sovente come l'erede diretto del vecchio 'Potestas'comunale del medioevo. A

---

ove dalla metà del Cinquecento in poi parecchie sedi rettorali periferiche regolarmente commissariate durante il secolo precedente vengono occupate da ufficiali denominati 'commissari', il cui statuto organico e funzionale, però, non differisce più in niente da quello degli altri rettori ordinarii (CONNEL, *Il commissario*, cit., p. 616). Altrove, come nella amministrazione della Terraferma veneta, tutti quanti i funzionari ordinarii inviati dalla dominante a governare i territorii soggetti sono portatori di una lettera di commissione da cui traggono i loro poteri: sì che la distinzione stessa tra ufficio e commissione perde significato (G. COZZI, *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino, 1982, pp. 271-271).

(25) Così G. TAZIO, *L'immagine del Rettore della ben ordinata città*, Venezia, 1573, pp. 35-36, citato da G. DEL TORRE, *Venezia e la Terraferma dopo la guerra di Cambrai. Fiscalità e amministrazione (1515-1530)*, Milano, 1986, p. 218.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

differenza di quest'ultimo, naturalmente, esso non viene più designato dagli organismi cittadini, che hanno perso di regola tale prerogativa all'atto della loro sottomissione alla «civitas dominans» o al principe (26). Adesso è appunto il Comune egemone o il sovrano territoriale che si riserva di nominarlo, inviandolo nella periferia come proprio rappresentante. Ciò non toglie però che esso conservi, spesso accanto ad altri tratti caratteristici dell'istituto podestarile (breve durata del mandato, sottoposizione a 'sindacato' finale da parte degli amministrati, obbligo di dotarsi di una propria 'corte' o 'famiglia' itinerante, e, soprattutto, dovere di far osservare il diritto locale non meno che quello del principe) (27), anche l'antica onnivalenza funzionale propria del vecchio magistrato civico medievale, concentrando su di sè tutta l'autorità pubblica necessaria alla vita di un certo territorio.

Tenendo fermo questo modello 'monistico' di funzionalità pubblica, è possibile, d'altra parte, creare gerarchie magistratuali assai articolate (basta infatti graduare il potere attribuito ad ogni sede periferica in rapporto all'ampiezza della sua circoscrizione territoriale e subordinare quindi i magistrati con potere minore e più limitato agli altri con potere maggiore e più esteso). Per questa strada, il centro può ridisegnare poco a poco le partizioni amministrative del suo territorio e distribuirvi sopra i propri ufficiali

(26) In effetti, la perdita della facoltà di nominarsi propri magistrati costituisce secondo i giuristi un tratto tipico di quel «foedus inaequale» con cui per lo più si definiscono i rapporti tra *civitas dominans* e *subiecta*. A fronte di tale rinuncia, però, quest'ultima conserva il diritto formale a «tener a sindacato» i «Ministri di giustizia» inviati dal centro, e soprattutto a vivere secondo i propri statuti (una efficace esposizione di questa dottrina in una bella sentenza settecentesca del Fiscale fiorentino Brichieri Colombi, pubblicata in *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina dal 1700 al 1808*, 2ª serie, vol. V, pp. 950-51. Più in generale cfr. L. MANNORI, *L'amministrazione del territorio nella Toscana Granducale. Teoria e prassi di governo fra antico regime e riforme*, Firenze, 1988, pp. 5-6).

(27) Elementi, questi, il cui permanere induce la dottrina prevalente a conservare all'ufficiale «deputatus» dal centro la qualifica di «magistratus civitatis vel loci in quo administrat iustitiam» piuttosto che quella di «officialis Principis» in quanto esso, come per l'avanti, «habet iurisdictionem vel a statuto, vel a constitutione provincialis» e non dal sovrano che pure lo designa (così riassumendo D. TOSCHI, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum tomi octo*, Romae, 1605-1607, t. V, concl. 82, nn. 13-17, p. 1037).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

secondo le linee di una politica accentratrice talvolta molto lucida e consapevole: sempre utilizzando un'unica tipologia istituzionale di apparato di governo. 'Governatori' pontifici (28), 'rettori' veneziani (29), 'presidi' napoletani (30), 'podestà' lombardi (31) o toscani (32), tutti questi magistrati periferici, pur così diversi tra loro sotto una

(28) Introdotti dalle *Constitutiones aegidianae* del 1357 su base povinciale, nel corso del Cinquecento proliferano pure a livello locale e cittadino, sostituendo i vecchi Podestà (c.d. governatori *minori*) e venendo così a costituire una compiuta gerarchia magistratuale fedele a Roma e capace di comprimere fortemente le autonomie delle comunità: G. Carocci, *Lo Stato della Chiesa nella seconda metà del secolo XVI*, Milano, 1951, p. 134 ss.; P. Partner, *The Papal State under Martin V*, London, 1958, p. 131 ss.; M.G. Pastura Ruggiero, *La Reverenda Camera Apostolica e i suoi archivi, (secoli XVI-XVIII)*, Roma, 1984, pp. 20-25. Tale struttura di governo si manterrà pressoché invariata fino alla fine del Settecento (R. Ruffilli, *L'appodiamento ed il riassetto del quadro territoriale nello Stato pontificio*, Milano, 1968, pp. 15-20).

(29) Sui quali basti rinviare a A. Ventura, *Nobilità e popolo nella società veneta del Quattro e Cinquecento*, Bari, 1964, p. 440 ss., nonchè alle varie introduzioni storiche preposte ai volumi della *Relazioni dei Rettori veneti di Terraferma*, a cura dell'Istituto di storia economica dell'Università di Trieste (Milano, 1973-1979), da cui emerge tutta la polivalenza funzionale di queste figure.

(30) Posti a capo di ciascuna delle dodici province del Regno, essi presiedevano le Regie udienze provinciali (cioè le corti giudiziarie periferiche di grado superiore derivate dagli antichi giustizierati normanni: F. Rapolla, *De iure Regni Neapolitani*, Neapoli, 1770, vol. I, p. 188 ss.), ma disbrigavano pure tutta un'altra serie di incombenze a carattere più propriamente 'amministrativo', sostanzialmente coincidenti — com'è stato rilevato da Ghisalberti, *Dall'intendente al Prefetto*, cit., p. 17-33 — con parecchie tra quelle assegnate all'intendente francese e sabaudo.

(31) Le cui competenze travalicavano ampiamente l'amministrazione della giustizia in senso proprio, per comprendere l'esercizio della giurisdizione fiscale, la cura dell'esecuzione degli ordini e delle 'gride' emanate dai vari magistrati centrali, il rilascio delle licenze per le 'estrazioni' di generi alimentari, la partecipazione necessaria alle convocazioni dei Consigli comunitativi a pena di nullità dei loro deliberati (A. Visconti, *La pubblica amministrazione nello Stato milanese durante il predominio straniero (1541-1796), Saggio di storia del diritto amministrativo*, Milano, 1972 (rist. inalterata della precedente, Milano, 1913), pp. 138-141).

(32) Nell'organizzazione giudiziaria toscana, 'Podestà' è l'ufficiale preposto alle circoscrizioni minori ('podesterie'), e competente all'amministrazione della giustizia civile in primo grado; mentre la giustizia penale e quella civile in appello spettano al 'Vicario', 'Capitano' o 'Commissario', giusdicente di una corrispondente circoscrizione comprensiva di più 'podesterie', la cui sede coincide spesso con un'antica dominante periferica. Anche qui, le funzioni del 'rector iustitiae' sono molteplici e disparate (E. Fasano Guarini, *Lo Stato medico di Cosimo I*, Firenze, 1973, cap. III).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

infinità di profili, si riconoscono però in un comune modello di 'giusdicente' territoriale, titolare di ogni attribuzione relativa al governo civile, e qualificato perciò dalla dottrina come 'iudex ordinarius' — intendendo con ciò «ille qui in aliquo territorio suo iure vel principis beneficio universalem iurisdictionem exercet» (33) —.

Certo, accanto a questa figura dal profilo funzionale così semplice già nell'ordinamento del Comune e del *Regnum* medievale si incontrano moltissimi altri uffici caratterizzati da attribuzioni di natura settoriale (34). L'apparato centrale di ogni Stato territoriale, in particolare, è costituito appunto da un complesso di uffici con competenze specifiche riuniti attorno alla figura del 'princeps'; ma non mancano neppure tentativi riusciti di costituire vasti reticoli di magistrature periferiche specializzate a detrimento della competenza generale dei *rectores*. Si tratta, in sostanza, dei progenitori degli apparati 'amministrativi' attuali: magistrature variamente addette all'annona, ai lavori pubblici, all'igiene, alla cura del patrimonio e dei redditi fiscali, al controllo comunitativo e così via. Al precoce consolidamento di queste strutture, tuttavia, non si accompagna certo né la nascita di un 'potere' amministrativo — giacché esse non risultano integrate in un apparato unitario, ma hanno soggettività giuridiche separate e distinte — nè tantomeno la nascita di una 'funzione' amministrativa — le loro competenze sono definite infatti seguendo un criterio materiale e non funzionale: nel senso che ciascuno di questi organismi è abilitato indifferentemente a governare, giudicare, regolarmentare, imporre contribuzioni, concedere e negoziare in ordine alla realizzazione degli obbiettivi che l'ordinamento gli assegna. L'esercizio del potere viene insomma distribuito tra titolari distinti sulla base della diversa natura empirica degli interessi curati, e non sulla base delle diverse modalità giuridiche dell'attività necessaria a realizzarli.

In ultima analisi, per quanto in queste organizzazioni sia evi-

(33) Questa la definizione di Baldo (*In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1577, *ad l. More maiorum, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, n. 6, richiamata da HESPANHA, *Justiça e administraçao*, cit., n. 46).

(34) Ovvero, dalla titolarità di una «iurisdictio extraordinaria» o «specialis», «quae competit ex speciali concessione legis aut principis, et non iure ordinario», secondo una definizione di Vinnio ancora riferita da HESPANHA, *op. ult. cit.*, n. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dente l'esistenza di una 'Amministrazione' in senso sociologico, risulta pressochè impossibile individuarvi una 'Amministrazione' in senso giuridico — se con ciò si intende all'ingrosso quella parte dell'apparato, avente soggettività separata dal resto, addetta in via esclusiva o per lo meno prevalente alla 'cura concreta di pubblici interessi' (35) piuttosto che alla risoluzione di controversie o alla emanazione di norme.

Una tale assenza, del resto, non deve essere drammatizzata più di tanto. Grazie alla dottrina kelseniana ed allo studio comparato dell'amministrazione dei Paesi anglosassoni si sa ormai per certo che il distinguo tra potere giudiziario e potere amministrativo (così come concepito nei modelli continentali di organizzazione pubblica) non costituisce di per sè un tratto necessario della costituzione dello Stato moderno; nè un passaggio obbligato, più in generale, sulla strada della razionalizzazione nell'esercizio dell'autorità (36). In particolare, è evidente che una amministrazione ad apparato indistinto può assicurare un controllo del centro sulla periferia ancora maggiore di una amministrazione ad apparato dualistico, evitando alla radice quei conflitti tra gruppi concorrenti di burocrati che segnano

---

(35) Secondo quella che è ancor oggi la più ricevuta definizione della attività amministrativa (basti rinviare ancora alle osservazioni di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, pp. 75 ss.), in concorrenza con l'altra connotazione che vede in essa una funzione esecutiva di legge (su questo dualismo definitorio da ultimo e per tutti cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, pp. 20-24).

(36) È ben noto, in particolare, come nell'esperienza inglese sia impossibile parlare di una 'amministrazione' distinta dagli apparati giudiziarii fino al *Local Government Act* del 1888, benchè assai per tempo il centro si sia preoccupato di veder assicurati una serie di importanti 'servizi amministrativi'. L'attività corrispondente era imposta *ex lege* alle collettività locali e ad altri soggetti territoriali creati *ad hoc* sotto la sorveglianza dei *County officials* — e tra questi soprattutto dei celebri *justices of peace* —, che dovevano applicare le sanzioni agli inadempienti, controllare la contabilità, curare l'esecuzione degli ordini del *Privy Council* ecc.: il tutto secondo procedure di carattere giudiziario (per tutti: B. OSBORNE, *Justices of the peace (1361-1848), A history of the justices of the peace for the counties of England*, Gillingham, 1960; E.G. HENDERSON, *Foundations of english administrative law. Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century*, Harvard, 1963). Il sistema, nella sua ispirazione fondamentale, sembra presentare decisive analogie rispetto a quelli continentali d'antico regime, ove pure tutta l'attività amministrativa era concepita — dal punto di vista del centro — come «ammininistrazione indiretta», e perciò espletata in forme giurisdizionali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

così drammaticamente, per esempio, l'esperienza della Francia Sei-Settecentesca (37).

Quel che è vero, invece, è che nella realtà storica degli Stati moderni europei l'apparato tradizionale di governo è divenuto quasi ovunque — anche se a titolo diverso — monopolio esclusivo di una varietà di gruppi sociali privilegiati, che con la loro ingombrante presenza impediscono la formazione di una burocrazia professionale e lo sviluppo conseguente di una società civile composta da individui eguali (38). È in questo contesto, allora, che l'incapacità del sovrano di dotarsi di un apparato alternativo, formato da burocrati di professione da lui solo dipendenti a cui affidare le funzioni pubbliche più delicate, diventa un elemento frenante del processo di evoluzione istituzionale: e la mancata duplicazione degli apparati viene a costituire perciò un sicuro sintomo di attardamento politico.

Solo nel momento in cui, col riformismo della seconda metà del Settecento, il potere politico romperà quel patto di allenza con le aristocrazie locali su cui era nato lo Stato territoriale, anche da noi comincerà a farsi strada l'esigenza di erigere una 'Amministrazione' soggettivamente distinta dall'apparato giudiziario. Esigenza che nasce, del resto, tanto dall'intento di assicurare al sovrano un più immediato e diretto controllo sul proprio territorio, quanto da una nuova concezione dell'attività giurisdizionale — intesa ora come applicazione automatica del nuovo diritto di produzione sovrana ai

---

(37) Così per es. è stato notato confrontando il giusdicente toscano con l'intendente francese da F. DIAZ, *I Lorena in Toscana. La Reggenza*, Torino, 1988, pp. 23-24: il quale osserva come l'esercizio della giurisdizione civile e penale certamente rafforzi l'autorità dell'«amministratore statale periferico» rispetto ai ceti egemoni locali e lo liberi per definizione dal rischio delle estenuanti contese con quegli apparati giudiziarii che in Francia giungeranno da ultimo a paralizzarne l'attività.

(38) Sia che tale occupazione del potere si realizzi tramite la patrimonializzazione degli uffici tipica della prassi franco-spagnola — nell'ambito dell'esperienza italiana si pensi esemplarmente agli apparati centrali del Reame meridionale (V.I. COMPARATO, *Uffici e società a Napoli (1600-1647)*, Firenze, 1974, p. 54 ss.) o della Lombardia spagnola (F. CHABOD, *Stipendi nominali e busta paga effettiva dei funzionari dell'amministrazione milanese*, in AA.VV, *Miscellanea in onore di R. Cessi*, Roma, 1958, vol. II, p. 187 ss.) —, oppure mediante la riserva delle cariche statali ai soli cittadini *optimo iure* della dominante territoriale, costituenti una ristretta oligarchia, come accade tipicamente nell'ambito di Stati cittadini 'puri' quali la Repubblica di Venezia o il Granducato di Toscana per tutto il corso dell'età moderna.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

casi controversi —, sempre meno compatibile con l'esercizio di compiti di altra natura. Anche nell'Italia delle riforme, comunque, l'unico ordinamento che riuscirà a tagliare il traguardo storico della creazione di un vero apparato amministrativo prima dell'arrivo delle armate rivoluzionarie sarà quello della Lombardia austriaca: ove, grazie alla grande riforma giuseppina del 1785-86, il modello dello Stato di Polizia avrà il privilegio di inverarsi dieci anni prima della fine dell'ordine antico (39). Nella Toscana di Pietro Leopoldo, invece, il processo di superamento del giudice-amministratore sarà solo avviato, ma non verrà mai condotto compiutamente a termine (40). Mentre negli altri Stati della penisola si continuerà fin da ultimo a «confondere il potere amministrativo ed il giudiziario» — come Cuoco rimprovera retrospettivamente di aver fatto ad un personaggio pur così impegnato nel processo di riforma come

(39) Smantellato, in effetti, l'antico complesso di magistrature delegate risalente alle *Novae Constitutiones*, e distinta la struttura giudiziaria di quella amministrativa, si conferirà il governo periferico ad un reticolo di 'Regie intendenze politiche' a base provinciale e l'amministrazione centrale ad un 'Consiglio di Governo' articolato per ministeri. La separazione tra attività giurisdizionale ed amministrativa sarà poi garantita dal divieto, diretto ai neo-ricostituiti apparati giudiziarii, di conoscere in sede contenziosa delle «materie politiche e camerali» riservate all'Amministrazione (VISCONTI, *La pubblica amministrazione nello Stato milanese*, cit., pp. 71-73). Sulla politica amministrativa di Giuseppe II cfr. ora S. CUCCIA, *La Lombardia alla fine dell'ancien régime. Ricerche sulla situazione amministrativa e giudiziaria*, Firenze, 1971; C. MOZZARELLI, *«Pubblico bene» e Stato alla fine dell'ancien régime. Efficienza amministrativa e modello di sviluppo nell'esperienza giuseppina*, in *Ius*, XXII, (1975), p. 1 ss.; C. CAPRA, *Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano*, in AA.VV., *Dagli Stati preunitari all'unificazione*, a cura di N. RAPONI, Bologna, 1981; D. SELLA, C. CAPRA, *Il Ducato di Milano dal 1535 al 1796*, Torino, 1984, p. 433 ss.; C. CAPRA, *Immagine e realtà nel 'grande progetto' di Giuseppe II*, in *Annali della fondazione Einaudi*, XIX (1985), p. 419 ss.

(40) Questa la conclusione della storiografia più recente (C. MANGIO, *La polizia toscana. Organizzazione e criteri d'intervento (1765-1808)*, Milano , 1988, pp. 26-32, nel sottolineare il persistente cumulo di attribuzioni giudiziarie e 'politiche' in capo ai giusdicenti territoriali; e B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Per lo studio della riforma comunitativa nella Toscana leopoldina*, Firenze, 1988, pp. 78-88, che individua forse il principale limite del riformismo leopoldino nella mancata costituzione di un'amministrazione esecutiva), correggendo il giudizio apologetico di A. ANZILOTTI, *Decentramento amministrativo e riforma municipale in Toscana sotto Pietro Leopoldo*, Firenze, 1910, soprattutto p. 63.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Bernardo Tanucci (41) — ed occorrerà attendere il periodo 'giacobino' e napoleonico per pervenire finalmente ad una effettiva separazione (42).

Indifferenziato nella sua struttura organica, dunque, l'apparato degli Stati italiani d'antico regime continua ad esserlo anche nei suoi moduli operativi e nelle forme della sua attività. Inutile cercare alcun dualismo preciso tra gruppi di organi con spiccata vocazione 'volontaristica' ed esecutiva ed altri gruppi con vocazione 'giustiziale'. Tutti si riconducono invece ad una sorta di funzione generica unitaria, costituente — come subito vedremo — il precipitato storico dell'antica 'iurisdictio' medioevale. Il cosiddetto 'Stato giurisdizionale', insomma, prolunga qui la sua ombra fin quasi alle soglie dell'Ottocento: senza che ciò gli impedisca — si badi — di svolgere una quantità di compiti che con la 'giustizia' non hanno più niente a che fare, e che si riassumono invece nell'esigenza di imporre una fitta regolamentazione sociale entro il proprio spazio di governo.

Bollando questo tipo di assetto funzionale con la formula di 'confusione dei poteri', gli storici e i giuristi dell'Ottocento ne hanno proclamata implicitamente la sostanziale illeggibilità giuridica. Il semplice buon senso ci dice invece che sistemi organizzativi sopravissuti per centinaia di anni ben difficilmente avrebbero potuto fare a meno di un loro impianto teorico. Che poi questo impianto si ispirasse ai valori giuspolitici della società corporativa, del tutto opposti a quelli della statualità ottocentesca, ciò non toglie niente alla sua razionalità relativa.

---

(41) V. Cuoco, *Saggio storico sulla Rivoluzione napoletana del 1799*, a cura di N. Cortese, Firenze, 1926, p. 64, con ulteriori rilievi critici sulla perdurante commistione attribuzionale alla vigilia del '99.

(42) La quale, come si sa, sarà sancita espressamente in tutti i testi costituzionali dell'epoca, ed interpretata per lo più secondo i canoni della coeva giurisprudenza francese, generalmente proclive a favorire il primato del potere esecutivo (su quest'ultima cfr. per tutti P. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, p. 69 ss., M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1974, G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, vol. II, Milano, 1984, p. 56 ss.; mentre sulle prime applicazioni del principio nell'esperienza italiana tra le cose più recenti si può vedere L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, cap. III, e soprattutto P. Aimo, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990, parte prima).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Scopo di questo lavoro è dunque quello di comprendere meglio, dal loro interno, i profili dogmatici di questa amministrazione paleo-moderna. La cui ideologia, del resto, se impronta completamente, fino alla fine, certe esperienze ordinamentali più attardate, anche negli Stati-guida del continente continua a giocare un ruolo di primo piano — tanto che in Francia uno degli elementi che condurranno alla catastrofe l'ordine antico sarà appunto l'ostinata fedeltà di una parte dell'apparato al tradizionale sistema di amministrazione 'per giudici' (43) —.

Per penetrare dunque all'interno di questo così longevo universo concettuale proponiamo al lettore un percorso esplorativo articolato in due tappe distinte.

Nel corso della prima si cercherà di ricostruire in che modo i giuristi dell'età moderna abbiano rappresentato le funzioni dei pubblici apparati in sede, diciamo così, di teoria generale. Questa ricerca — a cui la dottrina ha dedicato un'attenzione tale da consacrarvi addirittura uno specifico genere trattatistico, quello «de iurisdictione et imperio» — produce i suoi migliori risultati grazie ad un vivacissimo dibattito cinquecentesco, che resta uno degli episodi più appassionanti della storia della dottrina giuspubblicistica moderna. Le conclusioni di questa disputa costituiranno un punto d'arrivo per tutta la dottrina del tardo diritto comune — come testimonia lo stesso acquiescente silenzio osservato in materia dai giuristi successivi —. Il che ci consente appunto di circoscrivere l'oggetto della nostra prima indagine alla nozione dell''imperium' magistratuale, così come essa emerge dalle serrate polemiche dottrinali del XVI secolo. La letteratura correlativa è già stata in gran parte studiata dalla storiografia (44), ma seguendo prospettive meno specifiche di quella qui adottata. Lasciando da parte, infatti, tutti i profili relativi alla titolarità del potere pubblico ed ai suoi modi di conferimento — su cui si è finora soprattutto appuntata l'attenzione

(43) Sul progetto conservatore delle aristocrazie di toga basti rinviare a J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire*, Paris, 1970.

(44) Ci riferiamo essenzialmente all'opera di M.P. GILMORE, *Arguments from roman law in political thought (1200-1600)*, New York, 1941, a cui si sono poi aggiunti altri contributi relativi ai singoli giuristi, di cui daremo conto a suo luogo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

degli storici — ci limiteremo a considerare in qual maniera vengano descritte le sue forme di esercizio.

Ricavati da questa prima ricognizione alcuni punti fermi per orientarci, ci chiederemo allora, spostando il nostro punto d'osservazione, in che modo la giurisprudenza forense qualificasse in concreto le attività materialmente amministrative svolte dagli apparati d'antico regime, cercando di ricostruire una possibile tavola di principii ad esse comuni.

3. L'inevitabile punto di partenza di ogni discorso sulle pubbliche funzioni durante l'età moderna è costituito dal commento di Bartolo al celebre frammento ulpianeo riprodotto in D. 2,1,3 (c.d. *lex Imperium*).

In una delle più grandi pagine del diritto pubblico di tutti i tempi (45) Bartolo ha infatti consegnato ai secoli a venire una splendida sintesi di tutta la riflessione medievale sulla dinamica del potere, destinata ad esercitare un peso incalcolabile su tutto quanto il pensiero giuridico successivo. Incidendosi profondamente nella coscienza di innumerevoli generazioni di giuristi grazie anche ad una quantità di volgarizzazioni, essa costituirà il termine di confronto obbligato per tutti coloro che in seguito tenteranno di ricostruire su basi diverse la dogmatica delle pubbliche funzioni. Costretti a farla propria o a combatterla, tutti i posteri ne saranno in ogni caso fortemente condizionati fino ai limiti stessi della vigenza del diritto comune: rendendo così imprescindibile una sua analisi come momento introduttivo del nostro percorso.

L'edificio bartoliano si fonda sulla premessa, comune a quasi tutto il pensiero giuridico basso-medievale, che l'esercizio della potestà pubblica dia luogo ad un unico tipo di funzione, indicata col vocabolo 'iurisdictio'. Dietro a questo termine si profila un universo

(45) BARTOLO, *In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1585, *ad. l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum* (D. 2,1,3). Su questo testo cfr. F. CALASSO, *'Iurisdictio' nel diritto comune classico*, in *Annali di storia del diritto*, X (1965), p. 89 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, pp. 161-163; e soprattutto HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir*, cit., pp. 10-12. Si veda comunque anche GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., pp. 37-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concettuale di estrema complessità e ricchezza, come ha dimostrato la raffinata analisi ad esso dedicata da Pietro Costa. In questa sede, ove è impossibile lumeggiare sia pur fuggevolmente questo retroterra, dovrà bastare un'indicazione approssimata del contenuto della nozione. La quale evoca, in sostanza, un'attività consistente nel produrre nuovi precetti giuridici ricavandoli da altri precetti giuridici preesistenti e dotati di un maggior grado di generalità.

Per il giurista medievale, il titolare del potere, a qualunque livello dell'ordinamento si collochi, si configura ovunque come un 'giusdicente' — lessema il cui significato, dopo varie vicissitudini, viene quasi perfettamente a coincidere con quello di 'iudex' (46) —. Cioè, come un produttore di prescrizioni giuridiche mai completamente libero e mai completamente vincolato, sempre intento a svolgere la *ratio* di una certa norma per applicarla ad una certa fattispecie. Congenitamente ridotto a strumento di manifestazione del diritto, egli d'altra parte trova proprio in ciò la legittimazione della sua autorità — chè l'unico tipo di 'potestas publica' conosciuta dall'ordinamento è appunto quella «cum necessitate iuris scilicet reddendi aequitatisque statuendae» (47). Un comun denominatore a cui non sfugge nemmeno l'imperatore nell'atto di emanare una

---

(46) Secondo la glossa ordinaria, in effetti, ogni attributario di autorità è uno 'iudex'; mentre la qualifica di 'ius dicens' non sarebbe predicabile «de omni iudice, ... sed de eo tantum qui habet merum et mixtum imperium» (cioè uno dei 'gradus' superiori di 'iurisdictio', ai quali corrisponde, come vedremo subito, l'esercizio del potere punitivo e la facoltà di emanare atti ad efficacia costitutiva: glo. *Ius dicentis, ad l. Iusdicentis officium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*). Diverso l'orientamento dei Commentatori: che da Iacopo d'Arena a Cino concordano nel vedere nel termine 'iudex' nient'altro che la forma sincopata di 'iusdicens' (come ricorda Bartolo, nell'aderire sostanzialmente a questa seconda opinione: *ad l. Iusdicentis officium*, n. 1).

(47) Così la celebre definizione irneriana (E. Besta, *L'opera di Irnerio. Contributo alla storia del diritto italiano*, t. II, Torino, 1969, p. 20), poi ripresa da Accursio («est enim iurisdictio potestas de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae: glo. *Potest, ad l. Ius dicentis officium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*).

È ancora nella glossa ordinaria, in particolare che, di contro a chi leggeva nel passo ulpianeo l'esistenza di due generi distinti ed autonomi di 'potestas' — 'imperium' e 'iurisdictio' — si qualifica invece definitivamente 'iurisdictio' come «potestas iuris, idest legitima potestas»: cioè come il genere generalissimo e «commune» del pubblico potere, rispetto al quale 'imperium' (sia 'merum' che 'mixtum') costituisce soltanto una specie subordinata (glo. *Mixtum est, ad l. Imperium ff. De iurisdictione omnium iudicum*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuova «lex generalis» per la «respublica universalis» cui è preposto: risultando egli «alligatus» se non da una possibilità di coercizione effettiva, almeno da quella «necessitas honestatis» che gli impone di rispettare il diritto divino e naturale ed i patti stipulati (48). Per converso, la sentenza del giudice è «quasi quaedam particularis lex» (49), manifestazione discretiva di «aequitas» non meno che 'lettura' ed applicazione di una norma positiva.

Da ciò discende che, in un tal contesto, è possibile istituire una gerarchia tra i 'potenti' a seconda della quantità o del diverso 'gradus' del potere loro spettante, ma non distinguerli in diverse categorie a seconda della qualità della loro 'potestas', che per definizione è la stessa; posto che ogni rapporto di sovraordinazione giuridica di un soggetto rispetto ad un altro, colto nella sua manifestazione dinamica, rinvia sempre alla relazione tra chi giudica e chi è giudicato (50). Per converso, nessun atto di potere è capace di legittimarsi rinviando semplicemente alla qualità del suo autore. Non basta, cioè, che l'atto sia emanato da un'autorità che ha il potere di assumerlo, occorrendo anche che esso risulti obbiettivamente conforme all'ordine normativo che quell'autorità è chiamata ad interpretare, giacché il potere, nel suo divenire, non è altro che il 'farsi' del diritto stesso. Un principio, questo, che ha un carattere assolutamente totalitario: come prova la ricomprensione in 'iurisdictio' dell'attività di produzione legislativa, concepita dalla coscienza giuridica del medioevo non come processo creativo, ma come recezione di «una norma ... riflessa dall'ordine del mondo nello

(48) Su questo aspetto del potere legislativo medievale ci limitiamo a rinviare a E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma, 1982 (rist.), pp. 119-154; ID., *La norma giuridica*, vol. I, Milano, 1962, p. 97 ss.; vol. II, Milano, 1964, p. 39 ss.; B. PARADISI, *Il pensiero politico dei giuristi medievali*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, cit., vol. II, parte 2, Torino, 1983, pp. 282-319.

(49) La definizione, offerta da San Tommaso (*Summa Theologiae*, II, III, q. 67 a. I), è citata da COSTA, *Iurisdictio*, cit., p. 159.

(50) Nel linguaggio di 'iurisdictio' infatti «l'immagine del giudizio qualifica in maniera pregnante un semplice rapporto di superiorità... concretato in una posizione, per così dire, di giudicabilità del soggetto inferiore»: tale quindi che è 'potente' colui che ha la possibilità di far valere la responsabilità e la colpa di un soggetto che viene a trovarsi in posizione di subordine rispetto a lui (op. ult. cit., p. 104).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specchio ('iurisdictio') posseduto in modo eminente dall'imperatore» (51).

Di questa sostanza unitaria che è 'iurisdictio' sono predicabili vari attributi: e tutti i problemi dogmatici della teoria delle pubbliche funzioni si risolvono appunto nel definire questi attributi e le loro relazioni reciproche. L'importanza della dottrina bartoliana — che riprende e sviluppa proposte precedenti, dovute soprattutto a Pietro da Bellapertica — consiste nell'aver ridotto gli attributi essenziali di 'iurisdictio' a due sole coppie di concetti, attraverso il cui gioco combinato è possibile descrivere nella sua interezza e senza alcun residuo l'autorità pubblica.

La prima di queste due coppie serve a qualificare l'esercizio del potere in rapporto alle finalità che esso concretamente persegue: a seconda, in particolare, che il titolare della 'potestas' funzionalizzi in via principale il suo agire alla soddisfazione di una «utilitas privata» ovvero di una «utilitas publica». La partizione è importante soprattutto sotto il profilo del modo di attivazione del soggetto pubblico: in quanto nel primo caso lo 'iudex' può attivarsi solo dietro sollecitazione dell'avente interesse, mentre nel secondo è legittimato (ed anzi tenuto) a mettersi in moto spontaneamente, ogni qual volta ne ravvisi la necessità.

La seconda coppia di predicati serve invece a qualificare 'iurisdictio' in rapporto al suo grado di vincolatezza o di libertà interna. Sotto tale profilo si distingue un «officium iudicis mercenarium», nell'ambito del quale il giusdicente, adito sulla base di un'azione formale, può solo accertare elementi di fatto («inserviens actioni sicut mercenarius domino»), da un «officium iudicis nobile», in cui egli esercita invece un potere proprio, modificando a sua discrezione la posizione giuridica dei sudditi (52).

---

(51) *Ibidem*, p. 143.

(52) Tale partizione dell''officium iudicis', naturalmente, non ha niente a che vedere col diritto romano, ma viene reperita da Bartolo nell'ambito della processualistica medievale. La quale già definiva come «nobile» l'«officium per se stans, non deserviens alicui actioni», ed esercitabile quindi «ex mero iudicis facto, ut cum iudex procedit inquirendo quemquemque» (così, per es., il PANORMITANO, *Commentaria secundae partis in primum Decretalium librum*, Venetiis, 1571, *ad c. Iudicis officium, X De officio iudicis* (X,2,22,2), n. 5). La medesima qualifica era pure estesa alle fattispecie in cui l'*officium* del giudice venisse, sì, esercitato «ad instantiam partis», ma senza che il ricorrente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, sovrapponendo queste due classificazioni ordinatorie del potere si ottiene di ripartire 'iurisdictio' in tre grandi specie, rispettivamente corrispondenti a ciascuna delle tre categorie individuate da Ulpiano nel frammento commentato (53), ed articolate internamente, a loro volta, in sei 'gradi' di differente intensità. La prima specie — «imperium merum» — «est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur, publicam utilitatem respiciens»; la seconda — «imperium mixtum» — «est iurisdictio quae officio iudicis nobili expeditur, privatam utilitatem respiciens»; mentre l'ultima — «iurisdictio simplex», «stricta» o «in specie» — «est iurisdictio quae officio iudicis mercenario expeditur, privatam utilitatem respiciens» (54).

In questo modo, dunque, la categoria romanistica di «impe-

---

disponesse di un'azione formale in ordine al conseguimento dell'utilità domandata: in questi casi — si rilevava — lo «iudicis officium... stat loco actionis deficientis», nel senso che l'apprezzamento equitativo del magistrato supplisce alla carenza di un'azione in piena regola (*ibidem*: ed in questo senso si dirà più tardi: «ubi cessat aequitas, cessat officium iudicis»: TOSCHI, *Practicae conclusiones*, cit., t. V, concl. 112, p. 1051). Ogni altro caso di esercizio di potere giudiziario era invece ricompreso nell'«officium mercenarium».

(53) Che riproduciamo per comodità del lettore: «imperium aut merum aut mixtum est. Merum imperium est habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines: quod etiam potestas appellatur. Mixtum imperium est, cui etiam iurisdictio inest; quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia». La lettura bartoliana, dando per acquisiti i risultati della dottrina precedente, assume come dato certo che la 'iurisdictio' di cui si fa cenno nell'ultima proposizione del frammento sia solo la c.d. 'iurisdictio stricta' o 'in specie': e che le tre tipologie di potere ulpianee siano in realtà sussunte nell'ambito di un genero sommo costituito appunto dalla 'iurisdictio generalis', la cui esistenza non è esplicitata nel passo, ma che si desume in maniera incontrovertibile dall'esame di altri luoghi paralleli (per es. da quello della *l. Quaecumque, ff. De officio eius cui mandata est iurisdictio*, ove, trattando della 'iurisdictio delegata', si comprende inequivocabilmente nel termine anche l'esercizio della giurisdizione criminale, che Ulpiano pure qualifica come 'merum imperium': *glo. Mixtum est*, cit., in polemica con Piacentino e Guglielmo da Cugno che ancora sostenevano la tesi di una autonomia di genere tra 'imperium' e 'iurisdictio'). La specificità di Bartolo rispetto alla glossa ordinaria consiste semmai nel non presentare 'imperium merum', 'imperium mixtum' e 'iurisdictio simplex' come tre specie formalmente equipollenti della 'iurisdictio generalis', ma nell'assumere che le prime due siano sottospecie di 'imperium': «iurisdictio dividitur in imperium et iurisdictionem. Et imperium dividitur in merum et mixtum» (*ad l. Imperium*, n. 1).

(54) Loc. ult. cit., nn. 6, 15, 23.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rium» diventa coestensiva rispetto a quella medievale di 'officium nobile', e grazie ad essa si riempie di un significato altamente formalizzato, bipartendosi nelle sue due distinte sottospecie a seconda degli interessi pubblici o privati che il giusdicente è chiamato a soddisfare. Il 'merum imperium' si qualifica così come il contenitore di tutte le attività che lo 'iudex' intraprende «libere», di moto proprio e senza l'impulso condizionante di una domanda giudiziale (così, segnatamente, il «condere leges et statuta», nonchè l'esercizio della giurisdizione penale graduato al suo interno in cinque categorie corrispondenti alla gravità delle varie possibili sanzioni). L'«imperium mixtum», invece, prodotto dalla contaminazione della libertà sostanziale dell'officium nobile' con la finalizzazione privata della 'iurisdictio in specie', abbraccia ogni potere discretivo di concedere o di autorizzare: in questa categoria prendono posto tutti quegli atti emanabili solo a richiesta di parte, che lo 'iudex' è facoltizzato a rilasciare o meno sulla base di valutazioni equitative, senza esservi astretto da alcuna azione formale. Anche qui ci troviamo di fronte ad un potere 'graduato': in quanto vi sono determinati benefici che solo il principe può concedere (esemplificando, Bartolo cita la legittimazione dei figli naturali «per rescriptum» o la revisione di una sentenza inappellabile), mentre l'attribuzione di altri è, o può essere, lasciata alla discretività delle autorità subordinate (così, per es., una misura processuale come la 'missio in possessionem ex primo et secundo decreto', la concessione della 'bonorum possessio', l'approvazione delle transazioni in materia di alimenti o la dichiarazione della emancipazione di un minore). La «simplex iurisdictio», infine, corrisponde alla giurisdizione civile che si esercita in controversie di stretto diritto privato, graduata sulla base del valore pecuniario di queste ultime.

Nato per risolvere l'antica questione della comunicabilità del potere, dibattutissima da parte di tutta la dottrina precedente (secondo il testo romano, infatti, la 'iurisdictio' non può essere delegata a terzi se non da chi ne sia titolare «suo iure» e non «alieno beneficio» (55): sì che la ripartizione del potere in molti gradi distinti consente di riservare la titolarità originaria di quelli più eminenti al

(55) Così infatti D. 2,1,5 (*l. More maiorum, ff. De iurisdictione omnium iudicum*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

principe, escludendo un'ulteriore sub-delega da parte dei giudici che la esercitano dietro sua concessione, e permette invece di ritenere liberamente disponibili da parte dei subordinati quelle facoltà di livello inferiore che ad essi spettano «ex iure proprio», in modo da pervenire a una soluzione di compromesso tra il primato formale dell'Imperatore e il pluralismo reale dello Stato feudale) (56); questo costrutto ha però un valore teorico che trascende ampiamente la necessità empirica per cui è stata elaborato.

Esso offre infatti una griglia concettuale che è assiomaticamente in grado di individuare esattamente su di un ideale piano cartesiano ogni possibile fattispecie di esercizio di pubblico potere. La garanzia assoluta di tale esaustività è data dalla definizione del concetto di 'iurisdictio' (in genere) come 'potestas' *tout court* (57), nonchè dalla contestuale qualificazione del suo contenuto sulla base di criteri puramente formali, predicabili di qualsiasi tipo di potere effettivamente esistente. L'unica attività soggettivamente pubblica che resta fuori dallo schema è quella appunto che non si presenta come 'potere', e che corrisponde semplicemente alla cura ed alla gestione del patrimonio appartenente alla *civitas* o al *dominus* titolari di 'iurisdictio'. Nell'atto, infatti, in cui il soggetto pubblico attende a questo tipo di mansioni esso riacquista esteriormente la fisionomia di un soggetto privato. Perciò, ad esempio, mentre solo la *civitas* attributaria di 'iurisdictio' può emanare norme statutarie finalizzate «ad causarum decisionem», cioè riguardanti i rapporti giuridici tra i suoi membri; anche il «populus qui subiacet alicui civitati vel

(56) Su tutto questo aspetto della problematica del potere subordinato, coincidente in sostanza con la questione della titolarità esclusiva o meno dell'imperium' da parte del principe, cfr. ancora GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., p. 25 ss.

(57) «Iurisdictio est potestas de iure publico introducta» scrive Bartolo: ed agli interpreti precedenti che avevano indicato in 'iurisdictio' ed 'imperium' due generi distinti replica seccamente: «iurisdictio et potestas idem sunt, ut dixi, et est potestas iuris, ergo est iurisdictio» (*ad l. Imperium* n. 4). Tale identificazione 'iurisdictio' (in genere) — 'potestas', già, come s'è detto, definitivamente acquisita con Accursio, veniva avvalorata dalla glossa ordinaria con un argomento di carattere 'filologico', cioè sostenendo che i termini costitutivi del vocabolo 'iurisdictio' fossero da indicarsi nelle due parole 'ius' e 'ditio' (quest'ultima avente appunto il significato di 'autorità' o 'potere'), sì che il loro composto esprimesse letteralmente il concetto generalissimo di una 'potestà di diritto' o giuridica, ancor prima di quell'altro di un 'dire il diritto' che pur si continuava parallelamente a leggere nel lessema (cfr. ancora *glo. Mixtum est*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

domino», e che risulta quindi privo di 'iurisdictio', può produrre statuti relativi «ad suorum bonorum administrationem, ut de expendenda pecunia communi» (58), giacchè si tratta di una attività solo accidentalmente pubblica e nella sostanza perfettamente riconducibile al modulo di una amministrazione privata.

Finché si resti, viceversa, sul terreno della 'potestas', non c'è dubbio che niente sfugge all'abbraccio totalizzante di 'iurisdictio'. Ed in questo senso sembra lecito parlare, allora, di un tendenziale assorbimento originario della amministrazione nella giustizia (59) — almeno finchè l'attività materialmente 'amministrativa' si concretizzi in ordini, precetti o altri atti di autorità.

Certo, tale riduzione è più implicita e potenziale che consapevole ed effettiva, proprio perchè negli ordinamenti medievali i compiti realmente 'amministrativi' — cioè diversi dal semplice mantenimento della pace pubblica e privata, in cui si fa consistere l'attività di 'giustizia' — sono ancora assai ridotti. Nel riempire le 'caselle' della sua griglia, tutta l'attenzione di Bartolo è rivolta a collocare l'attività punitiva, il contenzioso civile e la giurisdizione volontaria (la stessa figura del magistrato che si attiva in modo spontaneo per realizzare discretivamente la «publica utilitas» nell'esercizio del suo 'merum imperium' è associata essenzialmente all'applicazione di sanzioni afflittive e non a quella di una modificazione dei rapporti civili di per sè satisfattiva dell'interesse generale). Ma la mancata esemplificazione di altre fattispecie funzionali oltre a queste or indicate deriva solo dal loro carattere ancora marginale nella vita giuridica, non certo da una incapacità di 'contenimento' ad opera dello schema, i cui comparti hanno una capienza indefinita. Il motivo del grande successo storico della costruzione bartoliana sta proprio in questa sua totale disponibilità a ricevere senza sforzo i nuovi contenuti che la prassi verrà via via proponendo.

---

(58) Così ancora Bartolo, nel suo celebre commento *ad l. Omnes populi, ff. De iustitia et iure* (D. 1,1,9), nn. 3-4. La conclusione sarà sostanzialmente recepita da tutta la dottrina successiva: per la quale l'autonoma capacità statutaria del 'populus subiectus' nelle materie toccanti l'interesse patrimoniale dei 'cives' «uti universi» continuerà a costituire un dato indubitabile (per tutti cfr. la dottrina di uno dei massimi specialisti di diritto comunitario moderno, il savoiardo Niccolò LOSEO, consegnata al suo *De iure universitatum tractatus*, Augustae Taurinorum, 1601, pars. III, cap. XV, pp. 196-197).

(59) Secondo il suggerimento di HESPANHA, *Représentation dogmatique*, cit., p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Secondariamente, l'edificio di Bartolo, nel portare al massimo livello di formalizzazione dogmatica l'osmosi tra 'imperare' e 'iudicare', rafforza implicitamente un'idea già radicatissima in tutta la cultura giuridica medievale: che cioè il 'farsi' di ogni atto di potere legale dia luogo necessariamente ad un 'processo'. Per quanto il discorso bartoliano non insista in modo specifico sulla implicazione 'iurisdictio' - 'ordo iuris', è chiaro che se ogni potere è 'iurisdictio' e ogni potente è un giudice, qualunque manifestazione di autorità tenderà a configurarsi come un 'iudicium' — ovvero come una sequenza ordinata di atti diretta a render controllabile, da parte dei destinatari, la corrispondenza tra il diritto-che-si-dice e lo 'ius inventum' di cui lo 'iudex' è custode. È ben noto, del resto, come certi principii processualistici (per es. quello contenuto in D. 42,1,47: «de unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum, tantum inter praesentes tenet») siano stati regolarmente osservati, nella prassi medievale, in rapporto alla emanazione di atti politico-amministrativi pur lontanissimi dalla amministrazione della giustizia *stricto sensu* (60). La teoria bartoliana, quindi, non fa che convalidare tacitamente questo ruolo onnivalente del diritto processuale, confermando la sua candidatura a statuto generale del pubblico potere.

Il contributo della successiva dottrina tre e quattrocentesca allo sviluppo di questa dogmatica sarà rilevante soprattutto sotto il profilo costituzionale, in quanto segnerà l'affrancamento della funzione legislativa e delle altre sovrane prerogative dall'ambito di

(60) Così, per esempio, per la nomina o la destituzione di determinati funzionari ecclesiastici, o per l'assunzione stragiudiziale di atti pregiudizievoli degli interessi di chiese e monasteri da parte del Pontefice o dei Vescovi (X,7,1,23, X,8,1,22; sul punto vi è una notevole riflessione da parte della canonistica del Duecento: G. Post, *A romano-canonical maxim, «Quod omnes tangit» in Bracton*, in *Traditio*, IV (1946), p. 197 ss.; Y.M. Congar, *«Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet»*, in *Revue historique de droit français et étranger*, XXXVI (1958), p. 210 ss.; Paradisi, *Il pensiero politico*, cit., pp. 336-337). Mentre si sa che anche le origini delle stesse rappresentanze politiche medievali sono da rintracciare in parte nella esigenza tipicamente 'processuale' di dichiarare la volontà sovrana al cospetto immediato dei suoi destinatarii, per assicurarle così una validità incontestabile (G. Post, *Roman law and early representation in Spain and Italy*, in *Speculum*, XVIII (1943), p. 211 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

riferimento di 'iurisdictio' (61); ma non modificherà decisivamente il panorama descritto da Bartolo per quanto riguarda la configurazione delle funzioni subordinate.

La convinzione che 'iurisdictio' non sia più in grado di sussumere globalmente qualunque tipo di autorità politica, già presente nel pensiero politico della prima metà del Trecento, comincia a trovare eco nelle pagine dei giuristi a partire da Baldo. Il quale separa ormai nettamente un «merum imperium absolutum» spettante esclusivamente al principe e costituito da un fascio di sedici diritti di sovranità, da quell'«imperium a iure limitatum» a cui si riferiscono i testi romanistici del titolo «De iurisdictione» (62) — testi che saranno d'ora in poi essenzialmente riferiti alla attività dei soli «inferiores a principe» —. La potestà statutaria, per parte sua, pur non essendo ricompresa tra le facoltà peculiari del solo principe, viene sganciata egualmente dal ceppo di 'iurisdictio' per essere ritenuta naturalmente spettante ad ogni *civitas*, anche se politicamente subordinata, fino a quando il *superior* non la limiti espressamente o non ne sia direttamente pregiudicato (63).

Questa duplice contrazione (dovuta da un lato all'accentuarsi del carattere volontaristico del potere politico nella coscienza dei

---

(61) Il processo è accuratamente ricostruito da COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 167-177.

(62) BALDO, *In primam Digesti veteris partem*, cit., *ad l. Cui iurisdictio, ff. De iurisdictione omnium iudicum* (D. 2,1,2), n. 6: «tu dic quod duplex est merum imperium. Quoddam est merum imperium a iure limitatum, et istud residet in praesidibus et in maioribus magistratibus... Quoddam est merum imperium absolutum cum plenitudine potestatis, et non est nisi in Principe...» e si definisce come «absoluta potestas imperatori concessa per legem Regiam». Tra i diritti riservati si include ad es., la concessione della grazia in materia penale, la legittimazione di figli naturali, la delega del mero e misto impero, il conferimento delle maggiori dignità, la produzione di norme «super litem pendentem», l'imposizione di un «superindictum». Sul potere del principe nel pensiero baldiano e sulla nozione di *plenitudo potestatis* da lui accolta cfr., da ultimo (pur senza una specifica attenzione al passo ora richiamato), J. CANNING, *The political thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge, 1987, pp. 72-74.

(63) «Dic ergo quod statuta condere est potius de quadam iuris permissione, quam sit annexum iurisdictioni» (*ad l. Omnes populi, ff. De iustitia et iure*, n. 27). Tale conclusione, com'è noto, è argomentata da Baldo richiamandosi al diritto naturale e al diritto delle genti, che non ammette la possibilità per un 'populus' di reggersi «sine legibus» (F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949 (2ª ed.), p. 275, e *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 275).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

contemporanei, dall'altro alla necessità di riconoscere una propria autonomia statutaria anche alle *civitates subiectae*, il cui peso specifico tende ad aumentare nell'epoca della formazione degli Stati territoriali signorili) incide poco sulla problematica che qui ci interessa. Una volta infatti ridotto l'edificio di un 'piano' (a seguito dell'espunzione delle funzioni sovrane) viene confermata in pieno quella vocazione interamente 'giurisdizionale' del potere delle magistrature inferiori già caratteristica della sistemazione precedente, mantenendo intatte, salvo alcune modificazioni minori, tutte le categorie or ora descritte (64). Se l'idea, insomma, che varie funzioni pubbliche consistano semplicemente nella manifestazione di una volontà imperativa, svincolata da qualunque «iuris-dictio», si è ormai fatta strada nella cultura giuridica, la titolarità di queste ultime viene però, perciò stesso, riservata al solo protagonista costituzionale. Lo Stato, per esempio, può ben «auferre licite» il diritto del suddito per causa di pubblica autorità: ma questo potere ablatorio, nella misura in cui non si rapporta e non consegue alla dichiarazione di una norma giuridica, sfugge completamente alla capacità degli apparati, e viene perciò classato tra i «reservata principis» (65).

Così definita nei suoi termini generali e nei suoi limiti, la dogmatica bartolo-baldiana viene conservata per tutto il corso del Quattrocento.

Essa si porta dietro, certo, tutta una serie di problemi che i giuristi continuano instancabilmente a dibattire. Tra questi, i più gravi sono quelli relativi al tormentato rapporto tra la nozione di 'iurisdictio' e la 'potestas statuendi' delle *civitates* — due termini che ormai la maggior parte della dottrina, seguendo le indicazioni di Baldo, tende a scorporare del tutto, fondando la capacità normativa dei *loca subiecta* direttamente sulla norma del Digesto che legittima

(64) La differenza più importante rispetto alla sistemazione bartoliana consiste nella riduzione da sei a tre dei 'gradus' delle *species* di 'iurisdictio': ma si tratta di una semplice razionalizzazione interna del costrutto (cfr. *ad l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, nn. 7, 17, 20). Si noti, in particolare, che Baldo è formale nell'offrire una risposta negativa al problema «merum imperium an possit esse sine iurisdictione»: se con quest'ultimo termine si intende la «iurisdictio in genere», «non est dare merum imperium sine iurisdictione» (*ibidem*, n. 2).

(65) Si tratta infatti del settimo diritto appartenente alla sfera dell'«imperium absolutum» (*l. Cui iurisdictio*, n. 7).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

senza distinzione «omnes populi» a darsi «iura propria» (66). Ma si discute pure a non finire sulla esatta natura dell'«officium iudicis» (la cui definizione reagisce immediatamente, per forza di cose, sulla delimitazione del concetto di 'imperium') (67), sul numero dei

(66) Valga per tutti la testimonianza retrospettiva — in piena età moderna — di Niccolò Loseo: secondo cui la teoria bartoliana, sotto questo profilo, «communiter reprobatur, ut per Doctores in d.l. Omnes populi, et hoc ex generalitate dictae l. Omnes populi, quae non distinguit inter populum seu universitatem habentem iurisdictionem vel non, et quae simpliciter loquitur» (*De iure universitatum*, cit., pars III, cap. XV, n. 2, p. 196. Esemplare in tal senso la posizione di GIASON DEL MAINO, *In primam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1598, *ad l. Omnes populi*, n. 2, in aperta polemica con Bartolo sulla base dell'osservazione che, potendo bene anche il popolo privo di «iurisdictio» avere norme consuetudinarie proprie, non si vede come sia possibile negargli la facoltà di darsene altre in forma scritta). La questione, comunque, è tutt'altro che pacificamente risolta. Già lo stesso Baldo, per es., aderisce sostanzialmente, altrove, alla tesi del suo maestro; sostenendo che la «potestas statutaria» appartiene 'de iure' ai soli enti dotati di una autonoma capacità giudiziaria, limitatamente a quelle materie su cui tale facoltà può essere legittimamente esercitata (con la conseguenza che «facere statuta... si loqueris complexive est meri imperii, sed distributive est secundum rem dispositam, quia eadem est qualitas fori et statuti»: *In septimum, octavum et nonum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1577, *ad l. Nulli, C. De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum* (C. 7,45,10), n. 2). La dottrina più tarda finirà per registrare questa pluralità di opinioni senza spesso riuscire a prender chiaramente posizione su di esse (così esemplarmente G. MANDELLI (1510-1555), *Perutilis lectura in tit. ff. De officio assess., et de iurisd. omnium iudic.*, Bononiae, s.d. f. 6r. e v.); salvo riconoscere, non senza rammarico, «opinionem Bartoli... veriorem esse, quam consuetudo, optima legum interpres, observat; videmus enim quotidie huiusmodi statuta condita ab universitatibus a Principe vel alio superiore confirmari» ogni qual volta la *civitas* non sia effettivamente autonoma (di nuovo LOSEO, loc. ult. cit., n. 29, p. 207).

(67) Il problema riguarda, in particolare, la natura dell'«accusatio» penale. Bartolo aveva ritenuto infatti che tutta quanta la giurisdizione penale fosse da ricomprendersi nel 'merum imperium' (il cui carattere precipuo è costituito dal libero e spontaneo esercizio del potere magistratuale) sulla base del presupposto che la procedura inquisitoria costituisse la forma generale dell''ordo criminalis' («nam si iudex inquirit contra malefactores, libere inquirit»: *ad l. Imperium*, n. 6). E replicando in anticipo ad una facile obiezione aveva subito aggiunto: «si accusantur malefactores, ex officio suo nobili procedit iudex: licet sit imploratum illud officium per partem. Causae nam criminales non expediuntur per actionem, sed solum per officium iudicis imploratum, vel per accusatorem» (*ibidem*). Tale soluzione (del resto sconfessata dallo stesso Bartolo nel commento ad altri luoghi del Testo) schiaccia la 'accusatio' al ruolo di semplice 'denuntiatio', e pretermette del tutto la distinzione (pur sempre molto presente alla coscienza degli interpreti nonostante le indubbie usure del tempo) tra 'crimina publica' e 'privata': distinzione che invece, se correttamente applicata, dovrebbe portare a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'gradus' da comprendere entro le tre specie del *genus*, sulla legittimità stessa di escludere i 'reservata' dall'ambito di comprensione di 'iurisdictio', e su molti altri punti ancora. Si tratta comunque sempre di questioni che non scalfiscono l'idea centrale secondo cui il potere — quantomeno ai suoi livelli non-apicali — si risolve sempre nella esplicitazione del diritto — e di un diritto *che già c'è*.

Una significativa testimonianza di questa fedeltà alla tradizione ci è offerta, ad esempio, da una *repetitio* abbastanza nota della *l. Imperium*, dettata dal giurista marchigiano Giovan Battista Caccialupi all'incirca durante il terzo quarto secolo (68). Si tratta di un testo appassionatamente adesivo all'impianto bartoliano — a tal punto che la principale preoccupazione del suo autore consiste nel difendere la costruzione di Bartolo dagli appunti mossigli contro, quasi un secolo prima, dal suo allievo diretto. Troviamo così riproposte con piena convinzione critica tutte le idee-forza prodotte dalla dottrina medievale in margine al frammento ulpianeo: identificazione del magistrato col giudice, riconduzione di tutte le pubbliche funzioni al *genus maximum* 'iurisdicto', qualificazione dell''imperium' (*merum* e *mixtum*) come specie di quest'ultimo.

Il termine stesso «imperium» — ci conferma Caccialupi — possiede in giurisprudenza un significato univocamente tecnico-

---

concludere che anche in materia penale si ha talvolta esercizio di un''officium mercenarium', quantomeno in corrispondenza di una 'accusatio' esperita in occasione di un 'crimen privatum'. Croce e delizia dei successivi interpreti della *l. Imperium* (da ALESSANDRO TARTAGNI, *In primam et secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1570, *ad l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, nn. 17 ss., a GIASON DEL MAINO, *ad eundem loc.*, n. 17, a FILIPPO DECIO, *In Digestum vetus et Codicem*, Venetiis, 1585, *ad eundem loc.*, n. 31), questa problematica non conduce certo all'abbandono della teoria bartoliana, ma ne diventa in qualche modo un accessorio topico, stimolando i giuristi a 'salvare' la struttura dell'edificio attraverso una serie di sempre più complesse soluzioni dell'antinomia. Sul rapporto tra 'accusatio' e 'inquisitio' nella dottrina del diritto comune cfr. ora, da ultimo e per tutti, E. DEZZA, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, pp. 3-53.

(68) Su Caccialupi (1420 ca.-1496), che insegnò a Siena e più tardi a Roma, occupando una posizione di decoroso secondo piano nel panorama dottrinale dell'epoca, cfr. G. D'AMELIO, *ad vocem*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XV, Roma, 1972, pp. 790-796. Il testo a cui ci riferiamo è riprodotto in *Repetitionum seu commentariorum in varia iurisconsultorum responsa volumina*, vol. I, *In Digestum Vetus*, Lugduni, 1553, f. 275 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudiziario, che niente ha a che vedere col senso comune della parola («imperare dicitur iudex, cum impartitur illud ex officio nobile ad quod pars plenum ius non habebat in se residens, puta actionem») (69). Lungi dal rinviare all'idea di un comando unilaterale, il lessema coglie il momento più qualificante della funzione del giusdicente — quello in cui lo *ius dicere* si sublima in un'attività più creativa che dichiarativa, senza con ciò negare in alcun modo la propria vocazione esclusiva al ministero della giustizia.

Nè si pensi di trovarsi di fronte alla posizione di un attardato. Per quel che ci interessa, il discorso di Caccialupi non è qualitativamente diverso da quello di giuristi coevi più celebri, come Giason del Maino o Filippo Decio, che pure troviamo molto più cauti nell'abbracciare l'*opinio Bartoli*. Alla vigilia della rivoluzione umanistica, le lunghe discussioni circa la ricomprensione o meno della *legis condendae potestas* in 'iurisdictio' (70), o sulla natura della 'accusatio' criminale in rapporto alla definizione dell''officium iudicis', non intaccano in nulla l'essenza del costrutto bartoliano (71).

---

(69) *Ad. l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, n. 8: «quasi de virtute imperii et latenti significatu sit quod versetur circa ea quae nobili officio sunt», aggiunge il nostro autore.

(70) Per quanto riguarda Giasone (1435-1519), la sua conclusione sul punto è favorevole ancora a ritenere che l'esercizio di tutti i diritti del principe sia parte integrante di 'iurisdictio', consistendo esso in un 'officium iudicis nobilissimum' collocabile al primo grado del 'merum imperium', secondo la tradizione (*ad l. Imperium*, n. 24 ss). Decio, invece (1454-1535) preferisce aderire all'opinione baldiana della duplicità del mero imperio, scorporando i «reservata principis» dall'ambito di riferimento dogmatico del testo (*ad l. Imperium*, n. 41).

(71) Sostanzialmente identiche, in particolare, a conclusione del gran dibattere, le definizioni delle specie di 'iurisdictio' (cfr. rispettivamente i nn. 30, 53, 58 del commento di Decio e i nn. 2, 16, 31 di quello di Giasone; ma vedi pure, per es., ALESSANDRO TARTAGNI (1423-1477), *In primam et secundam Digesti veteris partem commentaria*, cit., 1570, *ad l. Imperium*, nn. 19, 29, 36, o BARTOLOMEO SOZZINI (1436-1507), *In Digesti veteris ac Infortiati rubricas, leges, atque §§ omnes in Gymnasiis usitatiores commentaria*, Venetiis, 1578, *ad. l. Imperium*, nn. 12, 37-42, 55). In realtà, nell'ambito di tutta la scuola del commento l'unico giurista che prende in qualche modo le distanze dalle definizioni bartoliane è ANGELO DA PERUGIA († 1477), *Super prima parte Digesti veteris*, Lugduni, 1548, *ad. l. Imperium*, nn. 1, 2, 3: ove, in polemica con Pietro, Bartolo e seguaci, asserisce «merum imperium nihil aliud esse quam habere gladii potestatem et animadversionem in facinorosos homines», secondo il letterale dettato del Testo, di cui viene respinta ogni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sia pure che l'‘imperium’, in origine, fosse soltanto quello ‘liberum’ e ‘absolutum’ del ‘princeps’ — scrive per es. il giurista portoghese Caspar Vallasco in una sua fortunata *repetitio* dell'inizio del Cinquecento (72) —. Nel momento in cui, però, egli decise di trasferirne una parte ai suoi apparati, «communicavit hoc imperium cum necessitate iuris dicendi, quae detrahit libertati» (73). Sì che anche il ‘merum imperium’ magistratuale — il quale pure già secondo Bartolo è così definito in quanto «liberum» (74) — viene qualificato in tal modo solo perchè «non servit actioni intentatae» ed è «separatum ab utilitate privatorum, quam principaliter non respicit» (75). Nel suo diffondersi dalla persona dell'‘Imperator’ all'apparato che lo circonda, il pubblico potere subisce una specie di ineludibile alterazione qualitativa, che lo trasforma in ‘imperium’ giudiziale e lo riduce alla capacità di fornire un supporto legittimante a pretese che non siano sufficientemente fondate in diritto (76).

4. Questo è all'ingrosso lo stato del pensiero giuridico quando, nel 1518, vedono la luce i *Paradoxorum libri* di Alciato — cioè l'opera in cui, applicando per la prima volta il metodo umanistico

---

interpretazione generalizzante. Per tale sua aderenza al verbo del «iurisconsultus» romano, la lettura di Angelo riceverà il plauso degli umanisti cinquecenteschi.

(72) Su Caspar Vaz Rebello (più noto come Valascus o Vallascus) si dispone solo di pochi dati (dei quali peraltro sono debitore alla cortesia dei Proff. Bartolomé Clavero e Antonio Manuel Hespanha). Nato ad Oporto in uno degli ultimi decenni del Quattrocento, studiò e forse insegnò a Padova, prima di rientrare a Lisbona dove fu chiamato a far parte del Consiglio di Giovanni III. Il commento alla *l. Imperium* di cui nel testo non sembra possa esser successivo all'inizio degli anni '20 del XVI secolo, data la totale assenza di riferimenti alla rivoluzionaria interpetazione alciatiana.

(73) *Ad l. Imperium, ff. De iurisdictione omnium iudicum*, n. 58, in *Repetitiones seu commentaria*, cit., vol. I, in *Digestum vetus*, f. 285 r.

(74) Cfr. n. 6 del commento bartoliano: «primo, merum quasi liberum».

(75) *Ad l. Imperium, ibidem.*

(76) Soluzione rigorosamente ortodossa rispetto al verbo di Bartolo. Secondo il quale: «fuit nam collatum in principem imperium libere, nulli necessitati subiectum... Quoddam imperium per principem fuit postea communicatum aliis, ut proconsulibus, praesidibus, et similibus... et quo ad alios est necessitatis», sì che è solo «propter principalem suam originem» che «dicitur merum, hoc est liberum» (*ad l. Imperium*, n. 6).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla lettura del titolo «De iurisdictione», se ne ricava un quadro interpretativo completamente diverso da quello costruito nel corso del basso medioevo (77).

La novità più importante della riflessione alciatiana non consiste certo nella ormai nettissima separazione tra l''imperium' magistratuale e la 'potestas principis' (78), che come s'è visto ha radici assai più risalenti. Più significative le nuove teoriche circa il fondamento del potere magistratuale: già da altri studiate, però, esse esulano dal tema d'indagine che ci siamo assegnati. Ciò che qui importa rilevare è invece la nuova definizione di «imperium» offerta da Alciato, che costituisce il punto di partenza del grande dibattito cinquecentesco.

La constatazione da cui muove l'umanista è che tutte le distinzioni di cui la dottrina medievale si è servita per erigere il suo sistema non trovano la benchè minima giustificazione testuale nel frammento ulpianeo altrimenti noto come *lex 'Imperium'*, nè in alcuna altra legge del titolo «De iurisdictione». Il vero significato del celebre passo è in realtà infinitamente più semplice di ciò che Bartolo e i suoi seguaci hanno voluto credere. Intanto, è pura fantasia riscontrarvi la presenza di un presunto *genus generalissimum* denominato 'iurisdictio' e capace di abbracciare tutte le funzioni pubbliche. Anche ad una prima lettura del testo («Imperium aut merum, aut mixtum est. Merum imperium est habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines. Mixtum est cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia»), è chiaro che qui si

(77) GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., pp. 53-59. Sulla figura di Alciato ci limitiamo a rinviare alla voce biografica di R. ABBONDANZA, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. II, Roma, 1960, p. 69 ss., con ampi riferimenti alla letteratura meno recente; D. MAFFEI, *Les débuts de l'activité de Budé, Alciat et Zase*, in AA.VV., *Pédagogues et juristes*, Congrès du centre d'Etudes supérieures de la Renaissance de Tours, Paris, 1963, p. 93 ss.; P. VACCARI, *Andrea Alciato*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Giuffré*, Milano, 1967, p. 829 ss.; V. PIANO MORTARI, *Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXXIII (1967), p. 210 ss.

(78) «... Multa ex mero principis officio proveniunt, quae tamen huius imperii esse, legibus non constat, ut legum ferendarum potestas, et tabelliones creandi autoritas, huiusmodi diplomatum concessiones, nusquam enim, opinor, lectum est, ea quicquam ad illud imperium spectare» (*Paradoxorum ad Pratum libri sex*, L. II, cap. VII, ed. Lugduni, 1537, 14 v.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parla essenzialmente di 'imperium', e che 'iurisdictio' viene presentata come un'attività di specie diversa e di rilievo minore.

Anzi, a guardar meglio, si scopre che Ulpiano parla *soltanto* di 'imperium', giacché l'ultima proposizione del frammento va letta in stretta correlazione con la precedente: «Iurisconsultum videlicet ea in lege solum de mixto meroque imperio loqui, mixtumque illud definire, cui etiam iurisdictio inest, ut in bonorum possessione, et in iudicis dandi licentia. Nam, in ea quoque, sicut in bonorum possessione, iurisdictio est: quocirca mixti imperii existimatur» (79). Ciò che ad Ulpiano interessa, insomma, è solo il mero e misto imperio. Lasciando perdere tutti i vaniloqui dell'età intermedia, il primo non è altro, letteralmente, che la «gladii potestas animadvertendi in facinorosos» (80), cioè l'alta giurisdizione penale — posto che qui 'gladium' va assunto in senso metaforico —. Le varie categorie dell''utilitas' e dell''officium iudicis' utilizzate da Bartolo (anche a prescindere dalle incoerenze applicative già rilevate da tanti «moderni») risultano assolutamente gratuite. Parallelamente, l'imperio misto («quod iurisdictioni cohaeret» nella definizione ulpianea) viene identificato in quel tipo di autorità che il *praetor* esercita «circa coerctionem seu executionem» nell'ambito del processo civile (81).

La nozione medievale di 'iurisdictio' sembra così giunta al termine della sua parabola storica. Con Alciato, 'iurisdictio' rischia davvero, per la prima volta, di esser ridotta al rango di modestissimo concetto tecnico-processuale, e di dover abbandonare completamente il campo del lessico giuspolitico all'invadente protagonismo di 'imperium'.

A dispetto dell'apparenza, tuttavia, questa nuova lettura della legge veicola una rappresentazione di basso profilo dell'attività degli

---

(79) *Ibidem*, cap. VIII, f. 15 r.

(80) *Ibidem*, cap. VII, f. 14 v.

(81) *Ibidem*, cap. VIII, f. 14 v.: «mixtum imperium iurisdictio est, inquit Bartolus, quae officio iudicis nobili tractatur, et ad privatam utilitatem spectat. Longe brevius Ulpianus, qui, mixtum imperium, ait, est quod iurisdictioni cohaeret. Quae verba, cum ob brevitatem obscura sint, eo modo fere accipi debent, ut a caeterorum opinionibus nihil novi inducant: nisi, quod alias docui, distinctionem eam nobilis et mercenarii officii apud veteres non observatam fuisse, sed praetoris officium dici, quod in mixto imperio versatur, id est circa coerctionem seu executionem, quae etiam in bonorum possessione danda necessaria erat».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

apparati, nient'affatto percorsa da quella tensione volontaristica che ad un primo esame si può essere tentati di trovarvi.

I giuristi medievali, innanzitutto, muovendo dal presupposto che le indicazioni ulpianee avessero un carattere puramente esemplificativo, si erano sentiti tenuti ad intraprendere la ricerca delle categorie formali retrostanti a quegli 'exempla'. L'interpretazione alciatiana, invece, inchiodando la norma romana ad esprimere solo quel certo contenuto empirico cui essa rinvia, soffoca l'universalità del testo, cioè la sua attitudine a far da supporto ad una teoria generale — e perciò non è certo destinata ad esser recepita facilmente dai giuristi 'pratici', che preferiscono continuare ad utilizzare il tradizionale modello 'aperto' di rappresentazione funzionale —. D'altro canto, sul piano delle funzioni esplicitamente codificate, è chiaro che lo Stato di Alciato resta uno Stato giurisdizionale, in cui l'unica attività giuridicamente 'visibile' dei magistrati consiste nel giudicare in sede civile e penale: in questo, esso non è per nulla diverso da quello di Bartolo e dei suoi epigoni, nè pare riflettere in alcun modo le nuove vocazioni 'assolutistiche' della politica rinascimentale.

È vero, piuttosto, che la 'svolta' metodologica alciatiana, rivelando d'un tratto quanto diverso fosse il modello del potere magistratuale classico dalle rappresentazioni medievali, strappa la dottrina al suo tranquillo continuismo e costringe i giuristi ad impegnarsi nella costruzione di una nuova dogmatica delle funzioni, destinata necessariamente ad avere il proprio baricentro nella nozione di 'imperium'. La disputa culta a cui questa ricerca dà luogo nel corso del Cinquecento trae il suo alimento — non nascondiamocelo — dalla acribìa filologica e dai livori accademici dei suoi partecipanti non meno che dal bisogno di individuare nuovi modelli funzionali per una realtà in mutamento. È un fatto, però, che il dibattito sul significato di 'imperium' coincide col momento costitutivo dello Stato moderno (e di quello nazionale francese in ispecie); sì che, anche non volendo, esso reca in sè il segno di un travaglio ideologico indubbiamente autentico.

Sotto questo profilo, val la pena di soffermarsi innanzitutto, più che su contributi illustri ma scarsamente innovativi sul piano dei risultati dogmatici — come quello di Zasio, che si sforza di mediare tra la nuova interpretazione erudita del testo ed il vecchio edificio

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

logico della dottrina medievale (82) —, sulle ricostruzioni di due umanisti francesi minori — Jean Gillot e Jean Longueval —, che ci introducono nel cuore del dibattito. Essi hanno consegnato il loro pensiero a due trattatelli, pubblicati rispettivamente (per quel che se ne sa) nel 1538 (83) e nel 1539 (84) (benchè di sicuro l'opera di Longueval abbia conosciuto una circolazione anteriore a quest'ultima data, visto che Gillot ne discute già il contenuto, provocando appunto l'autore a dare alle stampe un'edizione ulteriore con ampia confutazione delle sue critiche (85).

Sia l'uno che l'altro, seguendo le orme di Alciato, prendono nettamente le distanze dalle «simiae Bartoli»; senza però più accontentarsi, come aveva fatto il maestro milanese, di trascrivere la definizione-descrizione ulpianea, ma cercando di erigere su di essa una nuova teorica. Ciò, tuttavia, imboccando due percorsi ben differenti.

Secondo Longueval, 'imperium' significa essenzialmente «coercitio», cioè traduzione in atto di una capacità coattiva nei confronti

(82) La teoria zasiana dell'*imperium* — così come ricavabile dai *Paratitla* alla prima parte del *Digestum vetus* e dal commento al titolo *De iurisdictione omnium iudicum*, rispettivamente pubblicati postumi nel 1537 e nel 1548 (cfr. S. ROWAN, *Ulrich Zasius, a jurist in the German Renaissance (1461-1535)*, Frankfurt am Main, 1987, pp. 234-240) — avrebbe il merito, secondo GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., pp. 60-63, di dichiarare per la prima volta con chiarezza il carattere polisenso del termine 'imperium': suscettibile di evocare concetti diversi a seconda che venga riferito ora al potere supremo del principe, ora genericamente ad un qualsiasi soggetto in posizione di supremazia rispetto ad un altro, ora alle funzioni del giudice. Salva l'esattezza della notazione, resta il fatto che l''imperium' specificamente magistratuale — cioè l''imperium' degli apparati — conserva in Zasio una fisionomia molto tradizionale ed assai aderente allo schema bartoliano.

(83) J. GILLOT, *De iurisdictione et imperio libri duo*, Parisiis, 1538, poi in *Tractatus universi iuris*, 1586, vol. III, p. 1, Venetiis, 1584, f. 2 ss. Di Jean Gillot, originario di Langres, si conosce, oltre all'opera in esame, anche una *Isagoge in iuris civilis sanctionem*, pubblicata sempre nel 1538.

(84) J. LONGUEVAL, *Nova et facilis declaratio in l. Imperium sub titulo de iurisdictione omnium iudicum*, Parisiis, 1539 (così nel catalogo della Library of Congress); poi, sotto il titolo *Super l. Imperium ff. De iurisdictione omnium iudicum*, nelle *Repetitiones seu commentaria in Digestum vetus*, cit., f. 311 ss., ove l'autore è presentato come un avvocato al Parlamento di Parigi.

(85) Per una ricostruzione della controversia cfr. GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., p. 72.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle persone dei sudditi; mentre 'iurisdictio' indica reciprocamente l'esercizio di un qualsiasi altro tipo di potere pubblico a carattere non coercitivo. Accertato, infatti, che l''imperium' del titolo «De iurisdictione» è sempre quello «quod ad magistratus iudicesve attinet», del tutto distinto dall'«imperium principis»; l'unico significato possibile del termine è quello di 'potere coattivo' (86): diversamente connotato in 'merum' e 'mixtum' a seconda che si tratti di una «coercitio» costituente il fine ultimo dell'attività magistratuale, come nei procedimenti penali («ea meri imperii [sunt] dicenda quae meram continent animadversionem, et in quibus iudex ad puram meramque coerctionem animum intendit») (87), ovvero di una «modica coerctio», strumentale allo svolgimento del processo («... sine qua iurisdictio nulla esset») (88).

Di contro a questa prospettazione, che in definitiva si limita a generalizzare le conclusioni di Alciato, Gillot propone, più coraggiosamente, una definizione di 'imperium' come esercizio di potestà esecutiva. Nella *pars destruens* del suo ragionamento egli dimostra infatti che il principale errore dei precedenti interpreti della *lex* è consistito nell'identificare la c.d. 'iurisdictio simplex' o 'in specie' con la sola giurisdizione civile. In realtà, se 'iurisdictio' significa 'ius dicere' non si vede perchè anche la giurisdizione penale non debba esservi ricompresa: «iurisdictionis verbum tam ad caussas criminales quam civiles proprie pertinere» (89). Con 'imperium', allora, non si deve intendere affatto un'attività che ha il suo fulcro nella repressione dei reati e nella coercizione personale, ma — conformemente

(86) *Super l. Imperium*, cit., f. 316 r.

(87) *Ibidem*, n. 180.

(88) *Ibidem*, n. 70. Si tratta di un inquadramento probabilmente già abbastanza ricevuto nell'ambito della coeva dottrina d'oltralpe — lo si trova per esempio sostanzialmente anticipato in una *repetitio* data alle stampe nel 1528 da un altro umanista minore, Jean Juvenal des Ursins (*In legem Imperium subtilis et nova interpretatio*, poi in *Repetitiones seu commentaria in Digestum vetus*, cit., f. 307 ss.). Il quale, dopo aver duramente stigmatizzato la lettura bartoliana, identifica appunto l''imperium' con l'esercizio della «coerctio», distinguendo tra 'merum' e 'mixtum' a seconda che si tratti di una «coerctio corporis» o di una «modica coerctio» di natura più psicologica che fisica (come nel caso dell'irrogazione di una multa, che nel sistema medievale classico veniva erroneamente classificata nell'ambito del mero imperio ed era quindi attività indelegabile).

(89) *De iurisdictione et imperio*, cit., L. I, cap. XVI, f. 8 r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

al significato più comunemente ricevuto del termine — un'attività di comando: «imperium simpliciter et in actu nihil aliud [est] quam magistratus quodcumque iussum, cui necessario parendum sit.... nulli iurisdictioni coniunctum» (90).

Certo assai innovativa nella sua formulazione apertamente volontaristica, questa definizione è però molto meno rivoluzionaria di quel che sembri una volta reinserita nel suo contesto: che è sempre quello 'panprocessualista' degli autori precedenti. La premessa implicita del discorso gillotiano è infatti ancor una volta costituita dalla convinzione che solo il principe risulti titolare di un potere imperativo a carattere non-giurisdizionale, e che ogni potestà subordinata, non potendo appartenere che a uno 'iudex', debba risolversi per forza in uno 'ius dicere'. Solo che questa attività giusdicente si può scomporre logicamente in due fasi consecutive — l'una («iudicium») di natura intellettuale, destinata a sfociare nella pronuncia della sentenza, l'altra invece a carattere esecutivo, nella quale specificamente si manifesta la «ius dicentis potestas». «Constat iudicium in causarum cognitionibus, imperium vero in executionibus» (91); mentre l'imperio misto sarebbe quello consistente «in solis preparatoriis, incidentibus, atque interlocutionibus» (92).

'Imperium' è 'comando', insomma, ma comando necessariamente conseguente o strumentale ad un accertamento giudiziario — sì che 'imperium' e 'iurisdictio', più che due funzioni distinte, risultano essere due momenti di una stessa funzione unitaria.

Così impostato, questo primissimo tentativo di isolare un'attività a carattere puramente 'imperativo' dal vecchio tronco della funzione giurisdizionale, non incontrerà molto gradimento. Già Longueval, rispondendo al suo contraddittore, rilevava che ragionando in questo modo la massima manifestazione del potere pubblico, costituita dal 'merum imperium', si ridurrebbe ad un'attività puramente materiale e del tutto vincolata («si Gillotum sequimur, lictores, apparitores viatoresque merum imperium magis dicendum

(90) *Ibidem*, L. II, cap. V, f. 8 v. Il carattere tipico della funzione denominata 'imperium', quindi, viene ad essere rinvenuto nel fatto che, in corrispondenza del suo esercizio, «nulla causae cognitio admittitur» (L. I, cap. X, f. 4 r.).

(91) *Ibidem*, L. II, cap. III, f. 6 v.

(92) *Ibidem*, L. II, cap. X, f. 12 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

habere, quam iudices») (93); senza contare che tutto il discorso gillotiano è molto mal raccordabile con il tenore esplicito del testo ulpianeo. D'altra parte, la critica di Gillot ha rivelato che anche l'accostamento *imperium*-coercizione presenta i suoi problemi, soprattutto perchè anche nella giurisdizione penale (che secondo il testo romano dovrebbe essere 'tutta' *imperium*) la coercizione segue la cognizione, senza quindi poterla assorbire in se stessa e ridurre ad una funzione davvero omogenea.

Tutto ciò, certo, non scoraggia affatto la dottrina degli anni Quaranta dalla ricerca di una sistemazione dogmatica complessiva, anzi.

Degno di nota, ad esempio, il tentativo di un giurista assai più prestigioso dei due avvocati di cui si è detto or ora, come Pierre Loriot (94). Dopo aver identificato 'imperium' con «potestas» e 'iurisdictio' con lo «ius dicentis officium in civilibus», ed aver collocato i due concetti in un rapporto reciproco di specie a specie, l'autore distingue tra loro 'merum' e 'mixtum imperium' a seconda che la «potestas» sia «pura» e «a iurisdictione separata» (così appunto «in criminalibus»), ovvero inerente a quest'ultima; e risolve il problema della obbiettiva 'giurisdizionalità' del potere punitivo sostenendo che la nozione di «potestas» esclude la «iurisdictio», ma non la «cognitio», che sarebbe perciò il genere generalissimo di tutte le funzioni pubbliche (95).

---

(93) *Super l. Imperium*, cit., n. 180.

(94) Il cui *De iurisdictione et imperio* viene pubblicato nella raccolta loriotiana *De iuris apicibus tractatus VII et de iuris arte tractatus XX*, Lugduni, 1545, coll. 29-46. Esponente di spicco della scuola di Bourges, Loriot, aderendo alla Riforma, lasciò la cattedra di cui era titolare in quella università poco dopo il 1550, per trasferirsi a Lipsia dove morì verso il 1573. Di lui si ricordano soprattutto, oltre all'opera citata, i *De gradibus affinitatis* del 1542 e i commentari *Ad secundam Digesti veteris partem* del 1557.

(95) Sia pure, cioè, il «merum imperium» «pura potestas»: «sed hoc non impedit, quin in mero imperio cognitio non insit... Iudex enim semper dicere videtur, cum ea quae habet exerceat» (*De iurisdictione et imperio*, cit. axioma XXVI, col. 37). In conclusione, sintetizza il nostro autore: «ego nihil aliud iurisdictionem esse arbitror, quam iuris officium iure magistratus concessum. Haecque iurisdictio in civilibus cognitionibus et decisionibus consistit, item et delegationibus. Merum vero imperium in criminalibus cognitionibus, decisionibus et exequutionibus versatur. At mixtum in civilibus exequutionibus, et omnibus extraordinariis persequutionibus» (*ibidem*, axioma XXXVIII, col. 41).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il risultato di questa lettura, nel suo faticoso sforzo di composizione tra 'imperium-potestas' e 'iurisdictio', è veramente emblematico delle difficoltà concettuali di questo periodo. Difficoltà che, una volta intrapresa la ricerca di una interpretazione innanzitutto *verisimile* del testo, sulla linea alciatiana, non possono ormai trovare soluzione definitiva unicamente sul piano della logica astratta, ma risultano superabili solo attraverso una preliminare indagine storico-filologica dei significati del testo stesso.

5. Ed è questa la direttrice di ricerca lungo cui si lancia la dottrina nel corso del decennio successivo. I nove anni che intercorrono, in effetti, tra la *repetitio* al terzo libro del Digesto pubblicata da Antonio da Govea nel 1545 (96) ed il *De iurisdictione et imperio libellus* di Charondas le Caron, apparso nel 1554 (97), sono

(96) Su questo giurista di origine portoghese (1505-1566), autore di vari trattati di diritto pubblico, cfr. la prefazione di VAN VAASSEN a ID, *Opera iuridica, philologica, philosophica*, Rotterdam, 1766. A questa importante lettura di Govea, in cui per la prima volta si sostenne che il termine 'imperium' indicava in diritto romano una potestà repressiva di carattere extraprocessuale non compresa nell''officium iusdicentis', tenne dietro adesivamente uno dei maggiori maestri della scuola di Bourges, François Douaren (1509-1559: sulla cui opera cfr. V. PIANO MORTARI, *Razionalismo e filologia nella metodologia giuridica di Baron e di Duareno*, in *Labeo*, XV (1969), p. 7 ss.), dedicando alla problematica *De iurisdictione ed imperio* un capitolo del primo libro delle sue *Disputationes anniversariae*, edite nel 1547. L'anno seguente, Eguinaire Baron (1495-1550: altro grande esponente della scuola culta e maestro di Bodin a Angers), entra in polemica con Govea e Douaren pubblicando contemporaneamente i *Commentarii ad τα πρῶτα Digestorum* e il *Liber unus quaestionum publice tractatarum ad Digesta iuris civilis*, contenenti rispettivamente un ampio commentario al concetto di 'imperium' e una lettura del titolo «De iurisdictione». La risposta di Douaren fu pubblicata subito dopo, nel 1549, sotto il titolo *De iurisdictione et imperio apologia Fr. Douareni iur. adv. Eg. Baronem iurisconsultum*. Nello stesso anno vide la luce la lettura del medesimo titolo di Jean Coras (1513-1572: sulla sua vita cfr. in breve le notizie fornite dai suoi biografi cinquecenteschi in testa al primo volume della edizione generale delle sue opere, Wittemberg, 1603), inserita nei suoi *Miscellaneorum libri septem*; ed infine, nel 1551, Govea pubblicò la sua durissima replica a Baron (*De iurisdictione libri duo adv. Eg. Baronem iurisconsultum*, dedicata significativamente all'amico Coras, di cui condivide le linee interpretative essenziali), a cui nel 1555 rispose per conto dell'attaccato (che era morto già prima della pubblicazione del trattato di Goveano) il suo allievo Edward Henryson (*Pro Eguinario Barone adv. A. Goveanum de iurisdictione libri duo*).

(97) Che sintetizza in sostanza gli esiti della accanita discussione degli anni precedenti, tracciando le grandi linee di un quadro interpretativo a cui la successiva

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decisivi per l'elaborazione di quello che sarà il nuovo impianto concettuale della materia. La ricostruzione di questa fase centrale del dibattito è stata già offerta da Gilmore (98) in termini abbastanza dettagliati da render superfluo un ulteriore esame ravvicinato e da consentirci di estrarre soltanto le conclusioni generali più rilevanti per la nostra problematica.

La prima, incontestabile acquisizione dello studio storico delle fonti è costituita, in ordine di evidenza, dalla scoperta che l'attività giudicante, in cui la dottrina medievale riconosceva l'essenza della funzione pubblica, aveva avuto un rilievo assolutamente secondario per il magistrato romano: il quale anzi — quantomeno fino al tardo impero — delegava ordinariamente a dei privati questo compito, impiegando in attività ben più rilevanti il suo tempo prezioso (99). Ed è appunto il complesso di queste attività non-giudicanti — scoprono ora i nostri storici-giuristi — che le fonti connotano, all'ingrosso, col termine 'imperium'. Sulla natura e sulle partizioni interne di questo potere non vi è unanimità fra di loro (le feroci polemiche che oppongono Govea e Douaren a Eguinaire Baron si sviluppano appunto su questo terreno). Tutti sono però concordi nel definire 'in negativo' l''imperium' come quella «potestas... ea faciendi quae privatus facere non potest» (100). Invero, da un'analisi storico-critica dei testi classici (che adesso non sono più solo quelli strettamenti giuridici) «primum apparet... omnem potestatem, quae privatis data non est, imperii generali appellatione contineri: sive ea

---

dottrina culta si limiterà soltanto ad aggiungere particolari. Su Louis Le Caron, (1536-1617) cfr., oltre alla vecchia biografia di A. DIGARD, *Louis Le Caron, dit Charondas*, in *Revue historique de droit français et étranger*, VI (1861), p. 177 ss., V. DE CAPRARIIS, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione*, I, Napoli, 1959, pp. 214-224.

(98) GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., pp. 77-85. Cfr. pure TH. EYSSEL, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*, Dijon, 1860, pp. 47-58.

(99) All'epoca, in particolare, a cui si riferisce il frammento ulpianeo non c'è dubbio che «Praetores et alii similes magistratus iudicia et iudices dare in caussis privatis, et pecuniariis, magis quam iudicare solebant» (FR. DOUAREN, *In primam partem Pandectarum methodica enarratio*, Francofurti, 1592, L. II, tit. I, p. 21): sì che la 'iurisdictio' magistratuale effettivamente non consisteva nel 'cognoscere', ma nello 'iudices dare', secondo la descrizione del testo.

(100) Così, per tutti, Antonio da Govea (*De iurisdictione libri II adv. Eg. Baronem*, L. I, n. 2, alla p. 6 della ed. Lugduni, 1572).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in extraiudicialibus, sive in animadversione criminum, sive in iure dicundo de causis privatis et civilibus consistat» (101). L'imperium' abbraccia quindi di sicuro quantomeno l'attività edittale, il «dare formulas», la pronuncia degli interdetti, la concessione della 'bonorum possessio', il compimento di tutti gli atti di giurisdizione volontaria, il potere di multare e di costringere i «non oboedientes» all'osservanza degli ordini del magistrato.

Nella sistemazione di Charondas, a buon diritto considerabile come conclusiva di questa fase del dibattito, tutte queste facoltà sono identificate senza residui in quello che Ulpiano definisce «mixtum imperium» e che adesso viene riconosciuto come il fulcro della *potestas* magistratuale. Rispetto ad esso, in effetti, il c.d. 'merum imperium' occupa una posizione del tutto eccentrica: esso non è altro che quell'antico «regium imperium» dell'età monarchica, che sotto la Repubblica il popolo volle riservare a sè solo. Tale potere, di natura spiccatamente politico-costituzionale, è finalizzato non «ad ius dicendum, sed ad conservandum popularem statum continendamque publicam libertatem» (102); e perciò appunto non era attribuito in origine ai magistrati, a cui spettavano invece le ordinarie funzioni di governo, ma in via eccezionale soltanto al dittatore. Il suo esercizio consiste, in buona sostanza, nella repressione dei reati 'politici' che possono compromettere la stabilità dello Stato — ed è questa appunto la funzione definita da Ulpiano come «animadversio» —. Con tale termine, l'antico giurista intende un potere che non ha alcuna relazione con il comune 'imperium' magistratuale, e che nella prima fase della storia repubblicana era esercitato perciò, senza bisogno di «in ius vocatio» e di altre forme processuali, da apposite «quaestiones extra ordinem» costituite ogni volta che la necessità lo richiedesse. Divenute «perpetuae» con Silla, le «quaestiones» a poco a poco si avvicinarono al livello delle altre magistrature ordinarie; finchè, all'epoca di Ulpiano, la funzione repressiva suprema, pur mantenendo la sua specificità, poté essere descritta in un unico quadro sinottico assieme alle altre attività del magistrato.

---

(101) E. Baron, *De iurisdictione*, in Id., *Opera*, t. III, Lutetiae, 1562, p. 18.

(102) L. Charondas, *De iurisdictione et imperio libellus*, n. 23, in E. Otto, *Thesaurus iuris romani*, Leiden, 1725, vol. I, col. 854.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Evidenziando quindi la profonda divaricazione storica esistente tra 'merum' e 'mixtum imperium' si avviano a soluzione molti dei problemi che avevano angustiato i primi interpreti cinquecenteschi. Non c'è più ora da chiedersi come possa la «animadversio» prescindere dalla 'iuris-dictio' — essendo la natura storica di questo potere di repressione straordinaria a qualificarlo come «iuridicundo non ... immixtum» (103) —. Mentre il misto imperio, che era stato la categoria dai contorni più incerti per gli umanisti precedenti, acquista ora una sua corposa centralità, rivelandosi come la necessaria forma immanente di quello «ius dicere» che costituisce la vera funzione di ogni magistrato («... omne magistratus officium quod iure dicundo occupatur, iurisdictionem significat: mixtum autem imperium nihil aliud est, quam potestas sine qua ius dici non potest. Ergo ubicumque iurisdictio est, abesse mixtum imperium nequit») (104). La vecchia «iurisdictio simplex» dei giuristi medievali, quindi, cessa di esistere come categoria funzionale autonoma, perchè uno 'ius dicere' senza esercizio di 'imperium' non risulta configurabile (l'unica autorità omogenea all''officium mercenarium' bartoliano è quella conferita dal *praetor* allo *iudex* privato, priva di qualsiasi autosufficienza) (105).

---

(103) La «potestas meri imperii», infatti «non est causarum criminalium cognitio, nec maleficii coercitio» (le quali ultime attività si ricomprendono nell'ambito dell''officium iusdicentis'), «... verum potestas ipsa et iussus, cuius vi potest graviori coercitione in facinorosum animadverti» (*ibidem*, nn. XIII-XV, coll. 845-46). Si tratta di una lettura che si imporrà subito con indiscussa autorevolezza nel dibattito erudito (cfr. per es. come essa viene recepita, di lì a tre anni, da Jean TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, Tolosae, 1557, cap. XII, p. 44: ove si definisce appunto il 'merum imperium' come «publica in facinorosos animadvertendi potestas, nullam suapte natura cum iurisdictione communionem habens» in quanto consistente appunto in un tipo di funzione repressiva del tutto storicamente autonoma, in Roma, rispetto allo 'ius dicere').

(104) *Ibidem*, n. 20, col. 848.

(105) «Ex his quae diximus — riconosce ancora Charondas — constat non omnino male veteres interpretes dixisse hoc imperium nobili officio exerceri: sed eorum doctrina a Jurisconsultorum sententiis aliena est. Ut enim praetermittam nobilis et mercenarii officii novam esse distinctionem: equidem scio nobile officium melius dici Praetoris esse, mercenarium vero dati iudicis. Magistratus enim libere fomulam concipiebat... eiusque officium erat dare actionem, iudicesque constituere...; atque ita iurisdictionem officio etiam nobili exercebat: ipsi autem dati iudices, ut mercenarii quidam in formula praetoriana conclusi, de eo tantum cognoscebant, quod in iudicium deductum erat; et facti tantum, non etiam iuris notionem habebant» (*ibidem*, n. 25, col. 851).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il testo riacquista così un suo senso compiuto ([105-bis]). E sta bene.

Resta da stabilire, però, fino a che punto questa nuova lettura, dietro alla sua trama erudita, promuova davvero un superamento dello Stato giurisdizionale ereditato dal medioevo. E qui bisogna dire che il riscoperto modello classico, per quanto animato da una vocazione volontaristica che all'età precedente era certo mancata, non è necessariamente destinato a giocare un ruolo del genere.

Intanto, è subito chiaro che la nuova nozione di 'merum imperium' emersa dal dibattito risulta scarsamente utilizzabile sul piano della teoria generale. Frutto di un puro scavo archeologico, essa non riesce a trovare adeguata corrispondenza con alcuna attività concreta svolta dai pubblici apparati entro lo Stato rinascimentale. L'idea di un potere punitivo assoluto può combinarsi, in effetti, col *summum imperium* del principe, ma non certo con la posizione di sovranità relativa dei magistrati. Al di là di ogni prova erudita, anzi, i risultati di una consimile attribuzione — che al limite consentirebbe a un giudice di condannare a morte senza processo — sono così aberranti da far dubitare che gli stessi civilissimi romani abbiano potuto praticare qualcosa del genere. «Dando ius gladii alicui — scriveva per esempio Pierre Rebuffi — non dabatur suprema potestas, sed ius tantum animadvertendi, gestandi et cognoscendi» ([106]). In realtà, i giuristi che con Rebuffi si sforzano ancora di utilizzare il diritto romano come diritto positivo, preferiscono di gran lunga tenersi la loro nozione tradizionale di un *merum imperium* come giurisdizione penale ordinaria sui crimini maggiori («et sic merum imperium consistit non in sola executione, ut quibusdam visum est, sed in cognitione et examinatione causae criminalis, et in eius

([105-bis]) Non poi lontanissimo, in definitiva, da quello che la stessa romanistica attuale gli riconosce; cfr. da ultima e per tutti l'attenta ricognizione di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *«Imperium mixtum». Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, XVIII (1990), p. 113 ss.

([106]) Così appunto nella sua lettura della *l. Imperium*, in ID., *Explicatio ad quatour primos Pandectarum libros*, Lugduni, 1593, n. 5, p. 206. Di questo giurista francese (1487-1557), di formazione essenzialmente bartolista, si ricorda soprattutto il contributo allo studio delle *ordonnances* (*Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias*, Lugduni, 1554-55), assai importante nella storia della giuspubblicistica d'oltralpe.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decisione et executione») (107), ribadendo che «cognitio in mero imperio requiritur» e che «qui habet gladii potestatem non potest poenam infligere, neque animadvertere in facinorosos, nisi eos audierit, et condemnaverit» (108).

Certamente più stimolante risulta invece il nuovo concetto del 'mixtum imperium' (in cui, secondo la nuova interpretazione, si ricomprende anche la giurisdizione penale ordinaria) (109). Ridotta la

---

(107) *Ibidem*. Il titolare del 'merum imperium' — incalza ancora Rebuffi «prius debet cognoscere de delicto, quam animadvertere, alias non auditus et non damnatus puniretur».

(108) *Ibidem*. Ciò non impedisce, beninteso, a Rebuffi di considerare 'imperium' come un «genus superius iurisdictioni, quamvis Doctores iurisdictionem tamquam genus apposuerint» (*ibidem*, p. 205): sempre però avvertendo che l'"imperium' magistratuale, a differenza di quello «summum» del principe, implica la cognizione giudiziale — anzi, non è altro che la cognizione giudiziale stessa relativa a delitti di sangue, che nel linguaggio del diritto consuetudinario francese si indica con l'espressione «haute justice» e spetta ai feudatari maggiori («Seigneurs Hauts Justiciers»), secondo una corrispondenza comunemente seguita dagli autori francesi cinquecenteschi (cfr. ad es., CH. DUMOULIN, *Commentarii in consuetudines parisienses* (1539), in *Opera omnia*, Paris, 1681, vol. I, p. 128, § 10).

Gli eruditi successivi, peraltro, nel porre meglio a fuoco le linee della ricostruzione culta, si preoccuperanno spesso di precisare che nella Roma classica la titolarità del 'merum imperium' non attribuiva affatto un potere di carattere extralegale e non esentava il magistrato dal dovere di assumere una sorta di 'cognitio'. «Facessat igitur quorundam opinio vanissima quidem — scriverà per esempio lo scozzese William Barclay (1546-1608) nel 1604 — dicentium merum imperium fuisse, cum quis propria authoritate, nulla alia adhibita examinationis, vel cognitionis formula, gladio mortem infligebat. Haec plane regia potestas est: et eius exercitium tyrannis: nec ulli unquam magistratui Romano tale quid legitur fuisse concessum» (*Ad legem Imperium D. De iurisdictione commentarius*, in G. MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, Hagae Comitum, 1751, vol. VII, p. 816). Nello stesso senso, nel 1606, Jean Matthieu (detto 'Le Grand': † 1625): che definiva il 'merum imperium' «potestas animadvertendi gladio, vel quocumque alio supplicio non ex formula legis. Addo haec verba, non ex formula legis. Non quo velim dicere sine caussae cognitione, quo iure quaque iniuria hominem ultimo supplicio damnandum esse. Sed ut excludam Praetores istos, qui perpetuis quaestionibus praeerant...» (*Ad sex priores leges tituli D. De iurisdictione praelectiones*, in MEERMAN, *Novus thesaurus*, cit., vol. VII, p. 820).

In questo modo, anche il 'merum imperium' veniva in sostanza recuperato entro l'ambito di una funzione materialmente giurisdizionale.

(109) Corrispondente, cioè, all'irrogazione di tutte le pene non-capitali («nam et de crimine cognoscendo et facinorosos coercendo ius dicitur»: CHARONDAS, *De iurisdi-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'nuda iurisdictio' ad una attività puramente intellettuale di confronto tra il fatto e il diritto contenuto nella formula — operazione che se non fosse assistita dall''imperium' pretorile non potrebbe produrre alcun effetto giuridico —; il misto imperio viene ad abbracciare veramente, nella sua totalità, la *potestas* magistratuale. La precipua, e caratteristica funzione del magistrato è quella di comandare — cioè di emanare «iussus, quibus omnino parendum est» (110) —, come già Aristotele aveva sottolineato in una sua celebre definizione (111).

Ed è proprio lavorando attorno alla definizione del magistrato che la dottrina riesce ad ottenere, negli anni seguenti, i suoi risultati forse più notevoli. Basti pensare, a questo proposito, alla sistematica delle funzioni subordinate offerta — sviluppando appunto la proposta aristotelica — da Carlo Sigonio. Secondo il quale il magistrato classico si caratterizza per la titolarità di quattro «iura» — «unum positum in imperando, alterum in iure dicendo, tertium in referendo, quartum in auspicando» —. A sua volta, l''imperium', che è la categoria funzionale di maggior rilievo, «in tribus rebus positum fuit, in edicendo, in vocando in prehendendo», e l''edicere' ancora può ritenersi articolato in due distinte sottocategorie, posto che «edictorum porro duo genera fuerunt, unum, quo iurisdictionis formulam initio magistratus proponebant; alterum quo pro magistratus auctoritate, ut res tulissent, quae visa essent imperabant» (112).

Si noti, tuttavia, che questa forte accentuazione del momento

---

ctione et imperio, n. 15, cit., col. 845) per la quale non era necessaria la costituzione di un'apposita «quaestio» *extra ordinem*.

(110) *Ibidem*, n. 22, col. 844.

(111) *Politica*, IV, 15, 1299, da 26 a 28: « μάλιστα δ' ὡς ἁπλῶς εἰπεῖν ἀρχὰς λεκτέον ταύτας ὅσαις ἀποδέδοται βουλεύσασθαί τε περὶ τινῶν καὶ κρῖναι καὶ ἐπιτάξαι, καὶ μάλιστα τοῦτο· τὸ γὰρ ἐπιτάττειν ἀρχικώτερόν ἐστιν » (nella traduzione cinquecentesca del Victoir, Basileae, 1582: «maxime igitur, ut simpliciter et generaliter dicam, magistratus hi dicendi sunt, quibus de aliquibus rebus consultandi, et iudicandi, et imperandi, et quidem huius rei maxime, munus assignatum est. Imperare enim magistratus proprium magis est, quam illa superiora»).

(112) C. Sigonio (1520-1584), *De antiquo iure provinciarum*, pars III, cap. V, in Id., *Opera omnia*, Mediolani, 1786, vol. V, p. 191. L'opera viene pubblicata dallo storico modenese nel 1560 (assieme agli altri due contributi *De antiquo iure civium romanorum* ed *Italiae*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

imperativistico tende molto a sfumare non appena ci si trasferisca dal terreno dello studio puramente antiquario delle istituzioni greco-romane — a cui appartiene appunto il Sigonio del *De antiquo iure provinciarum* — a quello invece della teoria generale delle funzioni pubbliche, che trova ancora la sua sede tradizionale nel commento al titolo «De iurisdictione» dei Digesti. In questo diverso contesto, il compito essenziale che i giuristi continuano ad attribuire agli apparati è in effetti quello di risolvere controversie. Quel che cambia, certo, rispetto alla vecchia presentazione è la tecnica con cui si ritiene che vengano reperite le norme da applicare ai casi contenziosi — al giudice medievale, che le 'trovava' nel diritto oggettivo, si è sostituito il magistrato romano-rinascimentale, che le produce autonomamente sia esercitando la sua potestà edittale, sia in forma di determinazioni discretive concrete (113). Ma non c'è dubbio che il potere di comandare non abbia ancora raggiunto una autonomia decisiva rispetto a quello di giudicare. Così, per esempio, Jacques Cujas — al quale pure si deve una delle più accurate presentazioni della nuova teoria dell''imperium' magistratuale secondo i dettami della dottrina culta (114) — definisce il magistrato come quella «publica persona, quae iurisdictioni praeest; vel, qui pro tribunali cognoscit; vel, cui publice iudicium iurisque dictio data est» (115). 'Imperium', quindi, continua ad essere un «forense verbum» ed a «cohaerere iurisdictioni». Come scrive Jean Coras, se si esclude l'esercizio della giurisdizione criminale suprema — che si sussume nel concetto di 'merum imperium' e che niente ha a che vedere con

(113) Esempi di quest'ultima specie sono i «decreta quibus bonorum possessio datur, mittitur in possessionem, iubetur caveri legatorum nomine, restituitur in integrum, et huiusmodi alia, quae magis imperii, quam iurisdictionis, esse Paulus scribit (D. 2,2,4), et iudicia proprie non dicuntur» (GOVEA, *De iurisdictione et imperio*, L. I, n. 3, in ID., *Opera quae civilis disciplinae claustra continent*, Lugduni, 1622, p. 9).

(114) Cfr. *Observationum et emendationum libri*, L. XXI (pubblicato nel 1585 assieme ai successivi libri XXII, XXIII, XXIV), cap. 30, in *Opera*, cit., t. III, coll. 627-28. Per le notizie essenziali sulla figura di Cuiacio sempre utile G. GIRARD, *La jeunesse de Cujas. Notes sur sa famille, ses études et son premier enseignement (Toulouse, 1522-1554)*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XL (1916), p. 429 ss.

(115) *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum* (1570), in *Opera*, cit., t. I, col. 724. È la celebre definizione poi duramente criticata da Bodin nel capitolo II del III Libro della *République*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'«officium iusdicentis» — l''imperium' è per il resto la «potestas... et autoritas, adiudicandi, dandi, decernendi et coercendi in privatis civilibus negotiis» (116); eccezione fatta per la «iuris controversiae decisio», che è di semplice giurisdizione. E chi, per quanto timidamente, si è provato ad introdurre la categoria generale di un «imperium extraiudiciale ... ut in militaribus rebus, et sartis tectis exigendis» (117), si è trovato subito esposto al dileggio dei suoi avversari («quin ergo edere, bibere, agrum colere extraiudicialia facimus?») (118).

In questo atteggiamento, beninteso, sarebbe errato vedere un attardamento o una forma di estraneazione della dottrina rispetto alla effettiva vocazione degli ordinamenti cinquecenteschi. Il potere di giudicare è ancora, nello Stato moderno, quello veramente decisivo, e tale resterà finchè l'ordinamento conserverà la struttura di una consociazione di ceti, di comunità territoriali, di province storicamente autonome e di corporazioni, che chiedono al sovrano innanzitutto di esser mantenute nello stato in cui si trovano — cioè nella titolarità dei loro diritti storicamente quesiti contro i possibili attentati dei rispettivi 'vicini'. Certo, si tratta di un equilibrio intersoggettivo di natura dinamica, che il centro modifica e arricchisce continuamente attraverso la distribuzione di nuovi compiti tra i vari soggetti. Ma la progressiva espansione dei fini pubblici non mette in questione l'organizzazione a carattere consociativo dello Stato, e dal

---

(116) *Miscellaneorum iuris civilis libri septem*, L. III, cap. 17, ed. Coloniae Agrippinae, 1590, p. 273.

(117) Così Baron (*De iurisdictione*, cit., p. 18). L'espressione «exigere sarta tecta», «opus publicum», «viam» ecc. (nel senso di invigilare acciocchè siano eseguiti i lavori relativi da parte di chi vi è tenuto) indica una attività caratteristica soprattutto dell'*officium* degli edili (Baron la trova utilizzata dal Cicerone delle Verrine, a cui si devono pagine molto importanti circa le funzioni magistratuali, ma è attestata anche in Livio).

(118) Così Govea, *De iurisdictione et imperio*, cit., n. 6, p. 7. La giustificazione di questa battuta sarcastica è offerta subito dopo: «equidem quod in iudicio fieri potest, si extra iudicium fiat, extraiudiciale dici existimabam: ut, cum debitorem extra iudicium appellamus, cum adversario extra iudicium iusiurandum deferimus, cum bona extra ius cedimus: quae omnia in iudicio fieri posse constat. Tu quidquid sine iudicio fit, extraiudiciale facis». Per il giurista portoghese resta fuori discussione, quindi, che la sola attività giuridicamente definibile degli apparati subordinati è quella processualizzata o processualizzabile.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

punto di vista funzionale si risolve per lo più nella crescente urgenza di arbitrare i conflitti tra le varie componenti del corpo politico circa la assegnazione dei nuovi doveri.

In tale contesto, il contributo dei giuristi culti è consistito, attraverso l'esemplare riferimento all'antico ordinamento romano, nel sottrarre il magistrato alla tirannia di quel diritto di fonte extralegale da cui il medioevo lo voleva schiacciato. Dimostrando la differenza profonda che passa tra il giusdicente e il semplice 'iudex' («qui non ius dicit, sed iudicat iubente magistratu») (119), essi hanno proposto agli apparati pubblici della loro epoca un nuovo modello di funzionalità, incentrato tutto sulla loro responsabile capacità di creare nuovo diritto e di risolvere i conflitti sociali attingendo le soluzioni più opportune dalla propria autonoma coscienza.

Resta da vedere, piuttosto, fino a che punto questa nuova vocazione fosse veramente incompatibile con la grande sistemazione medievale delle funzioni pubbliche; o se invece non potesse accettare di calarsi entro le sue categorie, opportunamente ammodernate per riceverla.

Una volta accertato, in effetti, che non si tratta di costruire una funzione davvero diversa da quella contenziosa, ma semplicemente di liberare quest'ultima da certe rigidità proprie della rappresentazione medievale; perchè non provare, allora, a svecchiare l'antico e raffinato patrimonio culturale, prima di gettarlo del tutto alle ortiche come propongono i maestri di Bourges?

Questo, in sostanza, l'intento che si sottende a due lunghe, articolatissime *repetitiones* alla *lex Imperium* pubblicate all'inizio degli anni Settanta in Italia a firma di Girolamo Muscornio (120) e di

---

(119) Così ancora Baron (*De iurisdictione*, cit., p. 30).

(120) Si tratta di un ampio commento pubblicato sotto il titolo *Tractatus de iurisdictione atque imperio quem publice disserendum proponit H.M.* a Padova nel 1570, congiuntamente a un altro trattato *De imperio et iurisdictione* a firma del giurista francese François de Clapiers, e poi riproposto in *Tractatus universi iuris*, cit., vol. III, Pars II, f. 15 ss. Di questo autore — che Zilletto vuole di origine cipriota — non siamo riusciti a trovare indicazione di altre opere giuridiche pubblicate, nè sicuri dati biografici. A noi basta comunque poter ascrivere con sicurezza il suo contributo a questa fase centrale della disputa sulla nozione di 'imperium', come ci conferma la letteratura da lui utilizzata, che non va oltre quella fin qui richiamata nella nostra ricostruzione.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Giovanni Bolognetti (121); mentre sulla stessa linea si collocano pure i capitoli iniziali di un trattato di Iacopo Menochio sui conflitti giurisdizionali tra foro ecclesiastico e secolare, dato alle stampe solo dopo la morte dell'autore, ma concepito presumibilmente durante il sesto-settimo decennio del Cinquecento (122).

Questa letteratura è assai diversa, nella sua ispirazione, dai commenti vecchio stile che ancora si scrivono nel corso della prima metà del secolo (123). Ora ci troviamo di fronte a personaggi consapevoli della specificità del nuovo approccio umanistico alle fonti, e talvolta capaci di usare efficacemente la stessa metodologia erudita per difendere la validità delle costruzioni tradizionali. Tanto, per esempio, da rigettare la tesi culta della autonomia del 'merum imperium' rispetto alle attribuzioni propriamente magistratuali a colpi di citazioni ciceroniane (124); o da recuperare la categoria di 'iurisdictio' come genere sommo delle funzioni subordinate sulla

---

(121) Vedila in G. Bolognetti, *In primam Digesti veteris commentaria, seu repetitiones*, vol. I, Venetiis, 1572, f. 177 ss. Su Bolognetti (1506-1575) cfr. P. Craveri, *ad vocem*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XI, Roma, 1969, pp. 326-27.

(122) Ci riferiamo al *De iurisdictione, imperio et potestate ecclesiastica et saeculari*, pubblicato nel 1609 e pur del tutto ignaro dei contributi appartenenti alla fase culminante del dibattito (come quelli di Bodin, Donello o Gentili). La testimonianza di Menochio (1523-1607) è in questa sede particolarmente significativa in quanto questo giurista, come si sa, non fu solo un prestigioso accademico ed un reputatissimo avvocato, ma ricoprì anche un ruolo di primo piano nell'apparato amministrativo di uno degli Stati della penisola, essendo stato chiamato a presiedere il Magistrato dei redditi straordinari del Ducato di Milano — tipica magistratura finanziaria centrale d'antico regime.

(123) Oltre a quelli già richiamati, si pensi ancora, per es., alla assai citata *repetitio* di Francesco Curti Iuniore († 1533: uno dei professori dell'ateneo padovano che più si opposero alla chiamata di Alciato sollecitata da Bembo, come ricorda B. Brugi, *La scuola padovana di diritto romano nel sec. XVI*, in AA.VV., *Studi offerti dall'Univeristà padovana alla bolognese nel VII centenario*, Padova, 1888, p. 68 ss.). Pur essendo stato maestro di Jean Longueval, come egli stesso ci fa sapere, Curti non sembra cogliere il vento nuovo che circola nelle pagine del suo allievo e si mantiene interamente nell'alveo della tradizione bartolista (per es. tenendo ferma la categoria di 'iurisdictio' come 'genus generalissimum' comprensivo dell''imperium', definendo quest'ultimo secondo i vecchi criteri della dottrina medievale in antitesi alla proposta dell''imperium-coerctio' avanzata appunto da Longueval, e continuando a dibattere tutte le vetuste questioni circa la caratterizzazione dell''officium iudicis' care alla tradizione: F. Curti, *In decem et septem Digesti veteris rubricas interpretationes luculentissimae*, Lugduni, 1552, *ad l. Imperium*).

(124) Cfr. Muscornio, *De iurisdictione*, nn. 15-16, f. 16 v., in aperta polemica con Charondas e Hotman.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

base di una sottile esegesi dei significati del termine nella giurisprudenza romana (125).

Lo spirito di questi contributi, del resto, non è certo quello di una difesa ad oltranza della dottrina bartolista — che viene anzi sottoposta ad una radicale revisione (126) —. Quel che si vuol salvare, piuttosto, è il principio della piena ed attuale normatività del testo romano, scongiurando il pericolo della sua musealizzazione, implicito nel metodo umanistico 'puro' (127).

Non è qui il caso di addentrarci in un esame specifico dei contenuti di queste proposte. Ci basterà notare come, preso atto che il compito fondamentale degli apparati continua ad esser quello di produrre giustizia, ai nostri autori risulti facile rigettare tutte le tesi

---

(125) Così Bolognetti, *ad. l. Imperium*, nn. 2-3, p. 177.

(126) Sotto questo profilo, l'apporto più interessante è certo quello di Bolognetti. Il quale, tenuta ferma la definizione di 'iurisdictio' come «potestas de iure publico introducta» cara alla tradizione medievale, sottoarticola il genere in tre categorie distinte e del tutto autonome tra loro («iurisdictio statutaria» — ovvero «potestas condendi iura» —, «iurisdictio gratiosa» — come «potestas disponendi et gratias concedendi» — e «iurisdictio iudiciaria» — cioè la «potestas iudicandi, seu ius dicendi», alla quale soltanto si riferiscono i testi del titolo *De iurisdictione* del Digesto). Di contro alla vecchia teoria bartolista, ciascuna di queste tre potestà viene «communicata» separatamente dalle altre e secondo un codice proprio: sì che la 'statutaria' è stata concessa *de iure communi* «ad omnes populos», la «gratiosa» è invece riservata al solo principe, che la può tuttavia trasmettere a chi crede tramite atti particolari, mentre la «iudiciaria» spetta di diritto ai magistrati ordinari (cioè a quelli creati con legge) e per attribuzione temporanea ai privati cui il sovrano la conferisce espressamente (così nel loc. ult. cit.; e più ampiamente nel commento *Super rubricam De officio eius cui mandata est iurisdictio*, ed. cit., vol. I, nn. 9-15, f. 91 ss.).

(127) Atteggiamento del resto condiviso, in questa materia, anche da illustri esponenti della dottrina culta d'oltralpe: si pensi, oltre al già richiamato Zasio, ad una figura come quella di Claude Chansonnette (1500/20-1550/60, nativo di Metz ma operante soprattutto tra Vienna e Basilea), che, pur potendo vantare una robusta preparazione umanistica, pubblica nel 1543 un trattato sull'*officium iudicis* (*De officio iudicis libri duo*, poi in *Tractatus universi iuris*, cit., vol. III, f. 72 ss.) ove mantiene sostanzialmente l'impianto tradizionale nella versione baldiana: cioè considerando i «reservata principis» estranei all'ambito di riferimento di 'iurisdictio', ma continuando a definire le categorie interne di quest'ultima secondo le vecchie indicazioni di Bartolo e Pietro. Una scelta non turbata dalla piena padronanza della definizione aristotelica del magistrato (op. cit., L. II, cap. 6), di cui si valorizza giustamente la forte valenza volontaristica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che puntano sul primato dell'‘imperium’ indicando in esso una funzione di libero comando.

«Imperium de quo in praesenti loquimur — cioè in rapporto alle funzioni magistratuali — a iurisdictione umquam separari non posse, nam si ab ea seiungeretur, tunc haud dubie severitas atque, ut dicam, tyrannis quaedam potius diceretur, neque possum mihi persuadere» scrive per esempio Muscornio (128). Mentre Menochio denuncia senz'altro la definizione culta del ‘merum imperium’ come uno «iussus cui obtemperandum sit, nulli iurisdictioni, idest nulli causae cognitioni coniunctum», in quanto, se così fosse, il giudice «esset enim potius Executor, et Carnifex, quam Magistratus» (129). Se invece si accetta in qualche modo l'implicazione reciproca tra ‘imperium’ e cognizione giudiziaria, tanto vale tornare ad attribuire a questa categoria un significato squisitamente tecnico-giuridico: come fa appunto il nostro Bolognetti, sviluppando un'elegante teorica secondo la quale l'‘imperium’ sarebbe quella specie di ‘iurisdictio’ «quae administratur per persecutiones partium» (cioè su domanda giudiziale priva delle formalità dell'‘actio’) e facendo poi corrispondere all'esercizio della «persecutio in civilibus» il misto imperio ed a quello della «persecutio in criminalibus» («accusatio») il mero (129-*bis*).

Importanti per il loro apporto di pensiero, queste posizioni sono per noi tanto più significative in quanto ci aiutano a comprendere come la prassi giuridica della nostra penisola abbia potuto conti-

---

(128) *Op. cit.*, n. 16, f. 16 v.

(129) *De iurisdictione, imperio et potestate*, cit., L. I, cap. II, p. 7. In effetti, dopo aver discusso e respinto tutte le principali definizioni dell'imperium adottate dalla dottrina culta (da Gillot a Coras, da Alciato a Loriot, da Longueval a Douaren a Charondas), Menochio dichiara di prediligerne una («imperium est potestas magistratus iubendi et coercendi, quae versatur etiam tam circa causas civiles quam criminales», *ibidem*, p. 5) che fa salva la vocazione del tutto intraprocessuale del potere del magistrato («cum Magistratus imperando non adhibita causae cognitione inique et iniuste pronunciare posset. Et nudus executur, atque viator diceretur...»). In questa prospettiva, lo stesso attributo ‘merum’ semplicemente «significat summum et vehemens illud Imperium, quod versatur circa causas criminales» (p. 6), ma non connota nient'affatto un tipo di potere indipendente da ogni ‘ius dicere’ — tanto che il ‘merum imperium’ si definisce appunto come «potestas, vel iussus Magistratus castigandi facinorosos homines cui causae cognitio cohaeret»: *ibidem*).

(129-bis) *Ad. l. Imperium*, cit., n. 14 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nuare ad utilizzare la modellistica delle pubbliche funzioni di origine medievale fino alla fine del Settecento senza avvertire alcun disagio. Per quanto vetusta, essa è infatti largamente fungibile rispetto a quella elaborata dai culti richiamandosi al mondo classico. E soprattutto può vantare su quest'ultima un vantaggio non indifferente; che cioè tutto quanto il sistema processuale destinato a regolare la vita quotidiana degli apparati si basa appunto su quei fondamenti teorici, utilizza quel linguaggio e funziona secondo quella grammatica. Si capisce così che la pubblicistica italiana (sviluppandosi in un contesto giuspolitico che non lasciava intravedere alcun inizio di superamento del diritto romano come diritto vigente) (130) abbia in genere preferito comporre, anche su questo terreno, il conflitto tra metodo 'bartolista' e metodo 'umanistico', giocando sulla sostanziale confluenza dei risultati pratici ottenibili mediante l'applicazione dell'uno o dell'altro.

In realtà, la nuova strada aperta dalla dottrina umanistica avrebbe condotto ad un vero salto qualitativo solo quando gli strumenti dell'erudizione fossero stati impiegati per mettere a fuoco una nuova tipologia di funzione pubblica subordinata, sganciata dall'attività propriamente giudicante non solo nella forma, ma anche nella sostanza.

Questo 'salto', invero, non fu mai compiuto del tutto dalla dottrina, che fin da ultimo lasciò avvinte giustizia e amministrazione in un abbraccio inseparabile. Bisogna però aggiungere subito che

---

(130) Diversamente da ciò che si verifica nel Cinquecento francese: V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962, p. 95 ss., e ID., *Il diritto positivo in Francia all'epoca del mos gallicus*, in ID., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, p. 24 ss. Sul carattere, invece, politicamente 'conservatore' assunto dall'umanesimo giuridico in Italia basti rinviare alle osservazioni di R. AJELLO, *Arcana iuris*, Napoli, 1976, cap. II e V; mentre sul significato della contrapposizione *mos gallicus/mos italicus*, oltre agli antichi studi di Brugi (B. BRUGI, *I dialoghi di Alberico Gentili intorno agli interpreti delle leggi*, in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino, 1921, p. 78 ss.; ID., *Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza*, in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino, 1921, p. 111 ss.) e di Astuti (G. ASTUTI, *'Mos italicus' e 'mos gallicus' nei 'Dialogi de iuris civilis interpretibus' di Alberico Gentili*, Bologna, 1937), cfr. ora F. CARPINTERO, *Mos italicus, mos gallicus y el humanismo racionalista. Una contribucion a la historia de la metodologia juridica*, in *Ius Commune*, VI (1977), p. 10 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nella seconda metà del Cinquecento questa simbiosi sembrò in procinto di rompersi veramente: e che, pur continuando a riproporsi anche in seguito, essa assunse forme abbastanza diverse rispetto al passato. In questo processo di trasformazione giocò un ruolo determinante il grande contributo teorico di Jean Bodin: ad una rapida rivisitazione del quale è appunto riservato il successivo paragrafo.

6. Alla teoria bodiniana delle pubbliche funzioni, sbozzata nella *Methodus* del 1566 e svolta dieci anni dopo in tutti i suoi corollari nel libro terzo della *République*, la storiografia ha già dedicato tanta attenzione che a noi sarà sufficiente coglier di essa soltanto i tratti strettamente funzionali al tema che ci interessa, senza intraprenderne una esposizione critica completa che il lettore può trovare in altri, più autorevoli contributi (131).

Come si sa, l'importanza dell'intervento di Bodin nel dibattito che ci interessa non è data da una nuova proposta esplicativa circa il significato dei termini 'iurisdictio' e 'imperium' — proposta alla quale pure, secondo la tradizione, il giurista angevino lavorò a lungo, ma restandone così insoddisfatto da disporre che il manoscritto del suo commento al titolo *De iurisdictione* venisse sepolto con lui —.

---

(131) Nell'ambito della ormai sterminata bibliografia bodiniana (per i titoli corrispondenti agli ultimi venticinque anni cfr. la *Nota bibliografica* premessa a J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, trad. it. a cura di M. Isnardi Parente, D. Quaglioni, vol. II (libri III-IV), Torino, 1988, pp. 11-24) ricordiamo soprattutto V.I. Comparato, *La teoria del magistrato nella Methodus di Jean Bodin*, in AA.VV., *Per Federico Chabod, (1901-1960). Atti del seminario internazionale* a cura di S. Bertelli, I, *Lo Stato e il potere nel Rinascimento* (*Annali della Fac. di Scienze Politiche dell'Univ. di Perugia*, XVII (1980-81)), pp. 197-209; Id., *Sulla teoria della funzione pubblica nella République*, in AA.VV., *La «République» di Jean Bodin*, numero monografico de *Il pensiero politico*, XIV (1981), pp. 92-112; Id., *Note sulla teoria della funzione pubblica in Bodin*, in AA.VV, *L'educazione giuridica*, IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, vol. 2, *L'Età moderna*, a cura di A. Giuliani, N. Picardi, 1981, pp. 3-15. Più in generale, sul contributo bodiniano al c.d. passaggio dallo Stato giurisdizionale allo Stato amministrativo, per tutti cfr. S. Mastellone, *La naissance de l'Etat administratif: cadre, organisation et théorie*, in AA.VV., *Théorie et pratique politique à la Renaissance*, Paris, 1977, p. 471 ss.; M. Reulos, *La notion de justice et l'activité administrative du Roi en France (XVe-XVIIe siècles)*, in *Histoire comparée de l'administration. Actes du XIV colloque historique franco-allemand*, vol. 9, Zurig-Munich, 1980, p. 33 ss.; B. Barret-Kriegel, *Jean Bodin: de l'Empire à la souveraineté, de l'Etat de Justice à l'Etat administratif*, in AA.VV., *Jean Bodin. Actes du colloque interdisciplinaire d'Angers 24-27 Mai 1984*, Angers, 1985, t. I, p. 345 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ciò che egli ci ha lasciato è invece non una definizione del potere subordinato in sè, ma del suo titolare — cioè del pubblico magistrato.

Tale definizione, pur singolarmente incisiva nella sua essenzialità («sit ergo magistratus is qui imperii publici partem habet» (132); «magistrat est l'officier qui a puissance en la République de commander» (133)), in sè può sembrare più un bilancio finale della precedente riflessione umanistica che non un tentativo di superamento di essa. Da Alciato in poi, in definitiva, tutta la dottrina culta aveva indicato con sempre maggior insistenza la vera specificità della *potestas publica* nell'esercizio dell'*imperium*: sì che la focalizzazione di questo elemento come «le marque principal» del magistrato (134) non può certo passare come una novità assoluta.

Non solo: ma anche gli elementi che Bodin assume come costitutivi dell'*imperium* magistratuale sono chiaramente derivati dai precedenti scavi eruditi dei culti. L''imperare' bodiniano, infatti, si risolve in una generica facoltà precettiva (dagli antichi connotata col termine 'edictum') (135), su cui si salda una correlativa capacità di sanzionare i propri comandi tramite idonee misure coattive — graduate tra un minimo (che è la 'prehensio', cioè il potere di arrestare e confiscare, senza il quale la persona pubblica non può dirsi magistrato) (136) ed un massimo, che è l'irrogazione delle pene di sangue (cioè lo 'ius gladii' ulpianeo), passando attraverso altre forme intermedie di coercizione come la 'vocatio', la 'quaestio', la

(132) *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1566), cap. VI, Amsterdami, 1650, p. 172.

(133) *Lex six livres de la République* (la ed. francese 1576), L. III, cap. III, Paris, 1583, p. 444.

(134) *Ibidem*, L.III, cap. II, p. 444.

(135) «Est autem imperium in magistratu nihil aliud quam edictum; in principe lex» (*Methodus*, cap. VI, p. 172).

(136) «... At frustra quis iubeat, nisi exequutiones iussa sequantur; cum vero minima pars imperii exequendi adversus contumaces in comprehensione posita sit, ex regula Varronis et Ulpiani, consequens est, ut is imperio careat, qui prehensionis iure caret», *ibidem*; e *République*, L. III, cap. V, pp. 429-30: «nous avons dit que le Magistrat est l'officier qui a commandement public; or celuy a commandement, lequel a puissance publique de contraindre ceux qui ne veulent obeïr à ce qu'il enjoint, ou qui contrevienent à ses defenses, et qui peut lever les defenses par luy faictes».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'potestas verberum', la condanna alla multa e così via (137) —. Una ricostruzione inedita, certo, ma evidentemente ricavata sviluppando risultati da tempo ben noti — che l''imperium' consistesse 'in edicendo, in vocando, in prehendendo', in particolare, era già stato rilevato quantomeno da Carlo Sigonio; i cui studi, rivelando l'esistenza di magistrati forniti di 'prehensio' ma non di 'vocatio', hanno probabilmente anche suggerito a Bodin l'idea di una generale graduabilità della «puissance de contraindre» —.

Quel che c'è di nuovo, certo, rispetto a Sigonio ed a tanti altri storici-giuristi antecedenti è che Bodin indica nella titolarità dell''imperium' la condizione non solo necessaria, ma anche *sufficiente* per la qualificazione di una persona pubblica come magistrato (138). Anche questa, tuttavia, a ben guardare, non costituisce una proposta totalmente inedita nel panorama culturale dell'epoca. «Magistratus est qui imperio ac potestate aliqua praeditus est, qua privatus vacat, vel qui plus potest quam privatus in iis quae ad Rempublicam pertinent», scriveva per esempio nel 1560 l'erudito e filologo Joachim Perion, in un'opera che Bodin aveva ben presente; precisando di seguito che l'ufficio magistratuale «aliud est nihil, nisi imperium illud et potestas in Republica quae privatus non attingit» (139).

La vera novità di Bodin in materia, quindi, non sta tanto nei contenuti del suo pensiero, quanto nella trasposizione di quei contenuti dal piano dell'indagine erudita al livello della teoria generale del diritto pubblico. Espressione, questa di 'teoria generale', che nel caso di Bodin può essere tranquillamente usata in un senso assai

---

(137) *Methodus*, loc. ult. cit.

(138) In ciò prendendo le distanze, ancor prima che dai suoi molti contemporanei, dalla stessa, celeberrima definizione aristotelica, secondo la quale «magistrat est celuy qui a voix deliberative au Senat et en jugement et qui a pouvoir de commander» (*République*, L. III, cap. II, p. 373).

(139) J. Perion, *De magistratibus Romanorum et Graecorum* (la ed. 1560), L. I, Argentorati, 1608 (congiuntamente a J.S. Zamoysky, *De Senatu Romano libri duo* e W. Possard, *De atheniensium magistratibus, eorumque, cum Romanis, Gallis et Venetis comparatione*), p. 201. Si tratta di un'opera che è stata indicata tra le fonti bodiniane da Moreau-Reibel, *Jean Bodin et le droit public comparé*, Paris, 1933, pp. 58-59. Il suo autore, nato verso la fine del Quattrocento e presi gli ordini nel 1517, si distinse soprattutto per le sue traduzioni dal greco e per i suoi contributi di carattere filologico. Muore tra il 1559 e il 1561.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vicino a quello attuale, posto che il programma della maturità dell'autore è proprio quello di individuare per via induttiva un catalogo di istituti giuspolitici comuni «à toutes Républiques», antiche e moderne (140).

Attraverso Bodin, cioè, i risultati della ricerca storico-critica, che già di molto avevano superato quel che i giuristi erano disposti a concedere sul piano della ricostruzione normativa, vengono assunti a fondamento immediato di quest'ultima, e riferiti direttamente alla realtà dell'ordinamento positivo. In sostanza, si dichiara nella *République*, affermare che il potere è 'imperium' («commandement») significa riconoscere che la forza obbligatoria dell'ordine magistratuale non deriva dalla sua conformità formale all'*ordo iuris*, bensì dal suo porsi come espressione della volontà di chi è abilitato ad assumerlo. Né sotto questo profilo vi è alcuna differenza tra l''edictum' che il pretore pubblicava all'inizio del suo anno di carica ed un qualsiasi comando particolare indirizzato dal magistrato di allora o di oggi ad un suddito, magari anche solo verbalmente (secondo le fonti, anzi, il termine stesso 'edictum' non significa altro «quam magistratus iussus», qualunque ne sia la forma o il contenuto (141)).

Ciò implica, allora, il rigetto di quella concezione, antica quanto il diritto comune stesso, che i giuristi avevano codificato nel brocardo «nudum praeceptum iudicis absque causae cognitione non est servandum», posto a fondamento di tutto il sistema tradizionale

---

(140) *République*, L. II, cap. II, p. 374.

(141) «... Generalment la loy dit que le Magistrat peut revoquer son mandement, et defendre ce qu'il a commandé: Jaçoit qu'il ne puisse revoquer ce qu'il a jugé et prononcé avec cognoissance de cause. En quoy se sont mepris plusieurs, qui ont appellé le simple commandement du Magistrat *praeceptum*, et non pas *edictum*, qui n'est autre chose, disoit Varron, *quam Magistratus iussum*; et ont pensé que tel commandement verbal n'obligeoit point, suyvant l'opinion des anciens docteurs» (*République*, L. III, cap. V, p. 444). Il riferimento normativo è soprattutto a D. 42,1,18, «quod iussit vetuitve praetor contrario imperio tollere, et remittere potest; licet de sententiis contra»: norma che i giuristi medievali avevano riferito esclusivamente alle sentenze interlocutorie ed alla direzione del processo, e che nella lettura di Bodin assume invece una latitudine infinitamente più generale, indicando la normale revocabilità di ogni ordine magistratuale, e quindi convalidando il carattere imperativo e non giurisdizionale del potere corrispondente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

delle funzioni subordinate (142). E Bodin, che di questo è perfettamente consapevole, non esita a chiamare in causa i padri fondatori della dottrina medievale — Cino (143), Bartolo (144), Guglielmo Durante (145) — e ad accusarli di aver in sostanza legittimato la resistenza arbitraria al potere costituito, laddove il diritto romano prescrive «qu'il faut obeïr, soit à droict, soit à tort» al comando magistratuale (146); sostiene viceversa l'incondizionata validità di qualsiasi ordine extraprocessuale del magistrato facendo leva su alcuni luoghi del Digesto che già avevano attratto l'attenzione degli interpreti precedenti (come per es. quello che in tema di «nuntiatio novi operis» impone all'interdittato di «restituere» «quod factum est... sive iure... sive non iure factum» (147)), ma da cui mai si era pensato di ricavare conseguenze così generali; e conclude rilevando che «les magistrats romains s'empechoyent fort peu à juger, ains seulement commandoyent qu'on obeist aux sentences de ceux qu'ils commettoyent pour juger. Si donques leurs mandement verbal n'eust obligé personne, ils n'eussent point ésté obeis» (148). Una constatazione — quest'ultima — forse addirittura scontata per qualsiasi romanista cinquecentesco: ma da cui pure nessuno aveva ancora pensato di trarre la conseguenza ulteriore che ogni comando

---

(142) Su questo principio, che costituisce uno dei corollari più significativi della concezione del potere-*iuris dictio*, cfr. *infra*, parte II, § 14.3.

(143) *In l. Quoties, C. De fideicommissis* (C. 6,42,11) n. 3: «... Si Iudex faciat aliquem citari contra se, et sibi mandet ut iuret facere praecepta sua, ut quotidie videmus fieri de facto, ... si citatus non obtemperet praecepto Iudicis, non est contumax; quia praeceptum nudum videtur, et sine causa» (*Commentaria in Codicem*, Francofurti ad Moenum, 1578).

(144) *In l. Pater filium, § Iulius Agrippa, ff. De legatis* (D. 32,1,36, § 4), n. 2, ove si precisa, richiamando l'opinione di Cino, che il precetto si ha per 'nudum' ogni qual volta sia «factum in favorem partis tantum» (*In secundam infortiati partem*, Venetiis, 1585).

(145) *Speculum*, L. II, *partic.* III, tit. *De sententia*, rubr. 'Species', nn. 2-8 (ed. Venetiis, 1566, vol. II, p. 651), in cui si enuncia il principio secondo cui il giudice «non potest praeiudicare nisi de eo de quo actum est coram eo».

(146) *République*, L. III, cap. V, p. 445, in polemica, segnatamente, con la dottrina baldiana che ritiene lecito «se defendere a iudice» anche quando esso agisce «in forma officii», ma «sine causae cognitione» (*in l. Ut vim, ff. De iustitia et iure* (D. 1,1,3), n. 1 ss.).

(147) D. 39,1,20, § 3.

(148) *République*, L. III, cap. V, p. 444.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistratuale dovesse esser assistito, solo in quanto tale, da una forza obbligatoria incondizionata.

Andando a cozzare frontalmente con un ordine concettuale vecchio di secoli, questa centrale tesi bodiniana stenterà, come vedremo, ad essere accolta dai giuristi successivi, che preferiranno continuare a seguire soluzioni più compromissorie e rispettose della tradizione. Essi saranno invece assai più suggestionati dall'ambizioso tentativo di sistematizzazione delle persone pubbliche che Bodin fa seguire alla sua nuova presentazione del magistrato.

In questa sede, non interessa soffermarci sull'aspetto forse più noto e certo storicamente rilevante dell'*arbor officiorum* bodiniano, costituito dalla celeberrima suddivisione del pubblico apparato nelle due grandi tipologie formali dell''office' e della 'commission' (149). Tale distinzione riguarda infatti soltanto la diversa tecnica di conferimento dell'incarico pubblico (attribuito a titolo ordinario e permanente nel primo caso, straordinario e revocabile *ad nutum* nel secondo) (150); senza che ciò comporti, però, alcun corrispondente dualismo a livello funzionale posto che 'officiers' e 'commissaires' risultano titolari di un identico campionario di compiti (151).

Il dato su cui invece occorre qui richiamare l'attenzione è rappresentato da un'altra grande partizione dell'*arbor*, trasversale rispetto a quella 'officiers-commissaires' e corrispondente al dualismo tra funzioni pubbliche 'in senso enfatico' (diremmo oggi (152)) e funzioni pubbliche in senso solo soggettivo. Ovvero, in altre parole, tra funzioni consistenti nell'esercizio di una porzione di potere sovrano e funzioni risolventesi invece nel semplice assolvi-

---

(149) Suddivisione già propria, naturalmente, della prassi amministrativa francese (sulle sue origini cfr. per tutti A. PETRACCHI, *I «Maîtres de Requêtes». Genesi dell'amministrazione periferica di tipo moderno nella monarchia francese tardo-medievale e rinascimentale*, in *Annali F.I.S.A.*, I (1964), p. 190 ss.), ma che solo con Bodin trova una sua compiuta codificazione a livello scientifico.

(150) «L'Officier est la personne publique qui a charge ordinaire limitée par edict. Commissaire est la personne publique qui a charge extraordinaire limitée par simple commission» (*République*, L. III, cap. II, pp. 372-73).

(151) In merito cfr. *infra*, note 156-157.

(152) L'espressione è proposta da GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 445.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mento di attività materiali o nella produzione di atti giuridici aventi natura non potestativa.

Beninteso: da sempre la dottrina aveva percepito l'esistenza di questo dualismo (la stessa contrapposizione 'iurisdictio-administratio', a cui si è già avuto occasione di far riferimento, ne è la testimonianza). Nel corso del Cinquecento, poi, si era venuto consolidando, all'insegna dell'erudizione umanistica, tutto un genere letterario dedicato alla descrizione sia dell'organigramma pubblico antico, sia (in parallelo ad esso) di quello degli ordinamenti contemporanei ([153]); il che aveva condotto ad evidenziare tutta una folla di figure istituzionali soggettivamente pubbliche e pur impegnate ad assolvere compiti non implicanti una capacità giuridica diversa da quella di diritto comune. Non disponendo però la dottrina di una definizione sufficientemente precisa del titolare di potere pubblico in senso proprio, essa tendeva ad includere questi soggetti nella generica categoria dei magistrati, senza affrontare l'impegno di una loro classificazione scientifica.

L'apporto di Bodin è consistito appunto nel ridefinire la posizione di tutte queste figure, e delle attività loro corrispondenti, rispetto alla nuova nozione del magistrato come titolare di 'imperium'. Osservando prima l'ordinamento romano (nella *Methodus*), poi anche quelli della sua epoca, egli si rese conto che solo pochissime persone pubbliche risultavano dotate delle attribuzioni minime indispensabili per esser qualificate come magistrati — cioè l''edictum' e la 'prehensio' — e che la stragrande maggioranza dei componenti l'apparato era costituita invece da soggetti «sans commandement». Tra questi, alcuni si configuravano come ausiliari del

---

([153]) Tra i grandi esempi del primo tipo si pensi solo all'Alciato del *De magistratibus, civilibusque et militaribus officiis* (1529) o all'Hotman del *De magistratibus romanorum eorumque institutione* (1558); mentre tra le più celebri ricognizioni delle magistrature francesi si ricordi V. De La Loupe, *Premier et second livre des dignitez, magistrats et offices du Royaume de France*, Paris, 1560 e J. Duret, *L'armonie et conference des magistrats romains avec les officiers françois*, Lyon, 1574. Sul tema cfr. M. Reulos, *L'interprétation des compilations de Justinien dans la tradition antique reprise par l'humanisme. La naissance d'une théorie politique en France*, in AA.VV., *L'humanisme français au debut de la Renaissance*, Paris, 1973, p. 273 ss.; Id., *Théorie et pratique politique à la Renaissance*, Paris, 1977, pp. 133-143; Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, cit., pp. 160-161.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistrato stesso, ed erano addetti a mansioni puramente esecutive (quali i littori, i mazzieri e i viatori in Roma, o i sergenti, i banditori e i carnefici degli ordinamenti contemporanei). Ma altri espletavano invece compiti importantissimi in un regime di piena autonomia rispetto ad ogni altra persona pubblica: e reclamavano perciò di essere inquadrati nell'ambito di una apposita categoria concettuale.

Invero, già in precedenza si erano avuti tentativi di sistemazione teorica di questi soggetti di buon livello scientifico. Sviluppando soprattutto certi spunti desunti da fonti greche, la cultura erudita aveva suddiviso tutti quanti i «praefecti civili societati» nelle due grandi categorie dei magistrati da un lato (titolari appunto di 'ἀρχή' o 'imperium') e dei «curatores publici» dall'altro (titolari di semplice 'ἐπιμελεία', e perciò privi del potere di 'iubere' e 'vetare') (154). Nessuno, però, si era dato seriamente pena di applicare questa griglia anche alle esperienze statuali della contemporaneità, generalizzando il valore della classificazione.

Pregio non ultimo dell'*arbor* bodiniano è appunto questo. Lasciamo da parte i motivi della revisione a cui Bodin sottopone la terminologia per lo più usata in precedenza (egli utilizza infatti il vocabolo 'curator' come sinonimo di 'commissaire' (155), ad indicare cioè il titolare di un *munus* straordinario, indipendentemente dal contenuto autoritativo o meno di esso (156); mentre preferisce

---

(154) Così ancora PERION, *De magistratibus Romanorum et Graecorum*, cit., p. 201: «aliud est enim magistratus, aliud curatio, ut aliud ἀρχή, aliud ἐπιμελεία, quae nobis tractanda differentia est, ut magistratus verbum non solum ab hiis qui perspicue dissimilem vim habent, sed ab hiis etiam quae similem et vicinam, separemus»: differenza che viene appunto rinvenuta — sulla scorta di Aristotele: *Politica*, IV, 15, 1299 — nella circostanza che la 'curatio' non comprende alcuna *potestas* «quae non sit in privato». Anche altra letteratura romanistica di quegli anni (per es. il *De magistratibus romanorum* di Hotman) impiegava correntemente il concetto-termine di «curator» nella sua descrizione della realtà istituzionale antica, ma senza contrapporlo categorialmente a quello di «magistratus».

(155) Così nell'edizione latina della *République* (pubblicata nel 1586 e costituente certo la versione più decantata e matura del pensiero giuspubblicistico bodiniano), a cominciare dal titolo del cap. II, L. III — «Des Officiers et commissaires» —, che viene reso con «De officialibus et curatoribus». Tale identità di significato è d'altronde già ribadita chiaramente nell'ed. francese (cfr. per es. *République*, L. III, cap. II, p. 379).

(156) 'Curator' è infatti «qui munus publicum extra ordinem arbitrio imperantis gerit», e non si contrappone perciò dialetticamente al 'magistratus', bensì all''officialis',

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definire ogni «administratio reipublicae» sfornita di comando, ma conferita «cum dignitate» col vocabolo di 'honor' (157), adottando il

---

che è un qualunque titolare di «munus publicum a lege definitum» (*De Republica*, Parisiis, 1586, L. III, cap. II, p. 259).

L'oggetto della 'curatio' è dunque perfettamente speculare, nella sua polivalenza, rispetto al possibile oggetto dell''officium': «... ut planius et uberius totum genus curationum percipiatur, sive de provinciis moderandis, sive de bello gerendo, sive de pecunia publica, sive de sartis tectis, sive de iurisdictione agatur, curationes omnino vel a principe, vel a magistratibus vel ab ipsis curatoribus a principe datis derivantur» (*ibidem*, p. 265).

Già Perion, invero, aveva rilevato che spesso le fonti parlavano di 'curationes' a proposito di quelle cariche che «extra ordinem mandantur, et ad tempus», anche ove il loro contenuto funzionale includesse l'esercizio di poteri autoritativi (in quest'ultimo caso, esse assumevano la denominazione più specifica di 'imperia' e 'potestates': ed a questa categoria appartenevano in Roma i governi delle provincie, conferiti appunto tramite 'procurationes'): sì che «curatores autem commode appellari puto... eos, quos vulgo commissarios vocamus» (*De magistratibus*, cit., p. 271).

(157) È appunto per tale 'dignitas' che l''honor' si distingue dalle mansioni a carattere puramente materiale ed esecutivo, non conferenti alcuna distinzione sociale ai loro addetti; mentre l'assenza di capacità imperativa vale a differenziarlo sia dagli uffici magistratuali ordinarii, sia da quelle 'curationes' straordinarie indicate col nome di 'imperia' e 'potestates': cariche tutte in cui all'onore si assomma il comando. Cfr. riassuntivamente, infatti, *De Republica*, L. III, cap. III, p. 284: «ego vero magistratus appellatione venire non puto eos qui imperio vacant: honore quidem, aut munere publico frui, magistratu non item. Etenim muneris verbum latissime patet, ad eos etiam qui munera sine dignitate gerunt: honor vero ad eos qui cum dignitate munus publicum gerunt.

Honor, inquit Callistratus, est administratio Reipublicae cum dignitate: ea autem est divinarum, aut humanarum rerum: quae ad humana pertinent, ea tribuuntur cum imperio ordinario, ut magistratibus, vel extra ordinem, ut curatoribus Reipublicae ac provinciarum: aut sine imperio, ut caeteris qui vel aerario pecunisque cogendis vel annonae vel moenibus et sartis tectis, vel ad aquarum vim arcendam, vel ad hostes repellendos. Qui rebus sacris, aut sanctis, aut religiosis sine Imperio salva dignitate praeficiuntur, sunt sacerdotes et qui religiones curant». Ed ancora, in un passo presente nella sola edizione latina: «commodius opinor munera publica versari dicemus circa res divinas, aut humanas: quae circa res humanas versantur ordinaria sunt, quae officia dicuntur, vel extra ordinem, ut curationes. Ordinaria munera ad honores aut ministeria pertinent: honores aut cum imperio tantum, aut cum iurisdictione tantum, aut cum utroque coniunguntur: aut utroque carent: huius generis sunt ordinarii legati Reipublicae ac senatores: ad illud pertinent iudices, ac magistratus.

Curatio eadem ratione dividitur. Eorum vero munera quae ad ministeria spectant, quaeque honore vacua sunt, quaedam ignominiosa sunt, quaedam sine ulla ignominia exercentur» (*ibidem*, p. 286).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lessico proposto da Callistrato in un suo importante frammento) (158). Quel che conta, dal nostro punto di vista, è che questa categoria degli 'honores' diventa per Bodin un contenitore capace di accogliere non solo una quantità di persone pubbliche classiche 'sine imperio' — come i Questori, gli Edili, o i tanti 'curatores' straordinari che «la loy appelle du mot Grec *logistes*: qui n'avoient puissance de condamner, ny denoncer l'amende» (159) —; ma anche tutti i duplicati moderni di quelle antiche figure, già individuati come tali dalla dottrina francese contemporanea — ufficiali di finanza, revisori dei conti, consiglieri privati del monarca, ambasciatori, commissari addetti alla cura di vari tipi di beni pubblici (160) —.

Tutta un'area funzionale fino a questo momento abbastanza opaca e di incerta definizione acquista insomma evidenza proprio in ragione della assenza di imperatività che la caratterizza. Categoria estremamente duttile in quanto identificata appunto sulla base di un elemento negativo, essa è pronta ad accogliere tutte quelle attività di natura tecnica che nello Stato moderno hanno già acquistato un ruolo centrale. La dottrina, come vedremo, saprà farne buon uso.

L'*arbor officiorum*, infine, ci consente di verificare in concreto fino che punto l'autore abbia spinto avanti la sua critica al tradizionale primato della giustizia nell'ambito delle attività pubbliche. Coerentemente con la sua definizione, Bodin non ha alcuna remora, ormai, a sostenere che «la jurisdiction n'a rien de commun avec la force de commander» (161). Giurisdizione e comando si assommano talvolta in capo ai medesimi soggetti — come accade per tutti i magistrati civili ordinariamente preposti alla amministrazione della giustizia sia in Francia che nella classicità romana —: ma tale implicazione non è affatto necessaria. Prova ne sia che è facile imbattersi in varie persone pubbliche «sans commandement» ma «avec jurisdiction», come gli antichi Pontefici, o oggi i Vescovi (che per eseguire coattivamente le loro sentenze devono chiedere l'intervento del braccio secolare); o ancora come i commissari deputati

(158) D. 50,4,14.
(159) *République*, L. III, cap. II, p. 392.
(160) *Ibidem*, L. III, cap. III, pp. 405-406.
(161) *Ibidem*, p. 404.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

soltanto «ad cognoscendum» (162). Reciprocamente, per Bodin è assiomatico che possano esistere soggetti pubblici delegatari soltanto di 'imperium' e del tutto privi di 'iurisdictio' («... et d'ailleurs, tel a puissance de commander qui n'a point de jurisdiction, ny de cognoissance de cause») (163). Una convinzione, questa, del tutto agli antipodi rispetto alle comuni certezze della cultura giuridica coeva; e tale da fare di Bodin il primo, vero testimone di una nuova realtà funzionale che viene prendendo forma nel corso del Cinquecento.

Ciò riconosciuto, bisogna però subito aggiungere che, nonostante l'impegno profuso dall'autore nel passare al setaccio l'esperienza istituzionale antica e moderna, l'elenco bodiniano dei magistrati titolari di *solo* 'imperium' ci offre un campionario di figure piuttosto limitato, e soprattutto così eterogeneo da non consentire sviluppi teorici apprezzabili. In Roma, gli unici soggetti titolari di 'edictum' e 'prehensio' e non al contempo di giurisdizione sembrano essere i Censori (164) e i Tribuni della plebe — magistrature senza equivalenti significativi negli ordinamenti moderni —. Nello Stato francese contemporaneo si trovano invece i «Procureurs du Roy» presso le Corti giudiziarie ed i «Gouverneurs des Pays», cioè i commissari inviati dal sovrano a reggere le varie provincie del Regno (165). I primi però hanno il potere d'imprigionare solo in quanto titolari dell'accusa penale e quindi partecipi dell'ingranaggio giudiziario. Mentre i secondi — attributari di sola «jurisdiction volontaire»: «c'est à dire que la force de commander, la puissance, l'auctorité, la dignité leur demeure, mais non pas la jurisdiction [contentieuse]» (166) — svolgono un ruolo squisitamente politico-militare, rappresentando la persona del Re nella provincia e coman-

(162) *Ibidem*, L. III, cap. V, p. 430.

(163) *Ibidem*, L. III, cap. II, p. 374.

(164) Sul punto cfr. M. Reulos, *Une institution romaine vue par un auteur du XVI siècle: la Censure dans Jean Bodin*, in AA.VV., *Etudes offertes à J. Maqueron*, Paris, 1970, p. 585 ss.

(165) *République*, L. III, cap. V, p. 431. Bodin segnala anche, in altri ordinamenti, i procuratori del fisco (equivalenti alla «Gens du Roy» della monarchia francese); ed a Venezia gli Avvogadori, che sono press'a poco corrispondenti agli antichi tribuni della plebe.

(166) *Ibidem*, cap. III, p. 404.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dando le truppe ivi stanziate, senza giocare una parte di primo piano nell'ordinario governo civile (167).

In conclusione, dunque, per quanto 'commandement' e 'juridiction' siano termini del tutto distinti, nell'esperienza storica osservabile fino all'epoca di Bodin essi si trovano di norma abbinati. Non solo: ma è pur evidente che Bodin stesso mostra sempre di considerare come magistrati per eccellenza quelli che cumulano entrambe le attribuzioni. Per lui, «l'insieme delle persone pubbliche veramente essenziali allo stato è ... il nucleo di coloro in cui coincidono dignità, giurisdizione e potere di comando» (168). Semmai si può osservare che il magistrato «avec jurisdiction» è chiamato spessissimo ad usare il suo *imperium* per fini del tutto diversi dalla risoluzione di una controversia giuridica. Come accade per esempio quando egli si trovi a prestare la sua autorità per l'esecuzione di una di quelle lettere del principe non implicanti alcuna «cognoissance ... ni du faict, ni du droict» (169). E come viene confermato dal precipuo carattere generale degli atti magistratuali, che non è la definitività (tipica soltanto di quella sottospecie di atti di pubblico potere contenenti un accertamento giurisdizionale) ma la revocabilità.

Pur continuando dunque ad identificare sostanzialmente il cuore dell'apparato con i titolari del potere giudiziario, Bodin trasforma l'identità di questi ultimi fino a renderli funzionalmente polivalenti; e li presenta ormai più come produttori di comandi che come produttori di sentenze. Mentre già lascia intravedere alle loro spalle il grande fronte avanzante delle burocrazie tecniche, sprovviste di potere giuridico in senso proprio, ma non certo di un preciso valore funzionale all'interno della nuova compagine statale.

7. Posto che la presente ricerca non si propone di ricostruire nella sua interezza il dibattito sulla nozione di 'imperium', ma solo

---

(167) Sulla figura del governatore francese cfr., sostanzialmente nel senso indicato, R. HARDING, *Anatomy of a power élite. The provincial governors of early modern France*, New Haven-London, 1978; B. CHEVALIER, *Gouverneurs et gouvernements en France entre 1450 et 1520*, in *Histoire comparée de l'administration*, cit., p. 291 ss.

(168) Così COMPARATO, *Note sulla teoria della funzione pubblica in Bodin*, cit., p. 10.

(169) *République*, L. III, cap. IV, p. 411.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di mettere a fuoco l'apporto di quel dibattito a una nuova dogmatica delle funzioni pubbliche, possiamo lasciar da parte tutta quella enorme trattatistica che dalla fine del Cinquecento fino alla metà del XVIII secolo continuerà a dibattere il tema in termini squisitamente eruditi. Da Cujas (170) a Quintanaduegna (171), da Barclay (172) a Muret (173), da Clapiers (174) a Maran (175), fino ad una più tarda e copiosissima letteratura d'area germanica e fiamminga (si ricordino per tutti i contributi di Vinnio (176), di Noodt (177), di Heineck (178),

(170) Cfr. *retro*, nota 114. Sulla teoria cuiaciana dell'*imperium* cfr. ampiamente GILMORE, *Arguments from roman law*, cit., pp. 85-87.

(171) A cui si devono i *Libri duo de iurisdictione et imperio*, pubblicati nel 1598 (consultabili in MEERMAN, *Thesaurus*, cit., vol. II, p. 207 ss.), ove si forniscono pure alcuni dati bio-bibliografici essenziali sul giurista spagnolo. L'opera, che si apre con un piano di lavoro estremamente interessante, in quanto non limitato al solo studio delle magistrature romane, ma comprendente anche gli ordinamenti pubblici contemporanei, dai quali l'autore si proponeva di evincere una vera e propria teoria generale *à la Bodin*, non fu tuttavia poi sviluppata oltre le soglie della romanistica.

(172) Cfr. *retro*, nota 108.

(173) Personalità di spicco nel panorama della dottrina culta francese, Marc Antoine Muret (1526-1585) ha lasciato in effetti un commentario *In titulos ad materiam iurisdictionis pertinentes* (Argentorati, 1608, poi in OTTO, *Thesaurus*, cit., vol. IV, coll. 207-216) in cui perfeziona la peraltro già ben collaudata interpretazione storica di questa parte del Digesto.

(174) È del provenzale François de Clapiers (1524-1588) un trattato *De imperio et iurisdictione*, consultabile in un'edizione Coloniae Agrippinae, 1591 ove viene proposto congiuntamente alla *repetitio* di Jean Longueval (la dedica reca la data del 1585). Sembra tuttavia che l'opera avesse conosciuto una circolazione anteriore, risultando un trattato con questo titolo già pubblicato in appendice all'edizione patavina di quello di Muscornio, nel 1570, come già si è avvertito più sopra.

(175) Che dedica un'attenzione non fugace al tema dell''imperium' nei suoi *Paratitla in XLII priores Digesti libros* (pubblicati postumi nel 1628).

Sulla figura di Guillaume Maran (1549-1621) e sulla sua ideologia politica cfr. in breve PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale*, cit., pp. 162-163.

(176) Cioè il *De iurisdictione tractatus*, pubblicato per la prima volta nel 1644, poi riprodotto in appendice a A. VINNII, *Iurisprudentiae contractae, sive partitionum iuris civilis Libri IV*, Roterdami, 1664.

(177) Ovvero il ponderoso trattato *De iurisdictione et imperio*, dato alle stampe nel 1698 ed oggi consultabile in ID., *Opera omnia*, Neapoli, 1786, vol. I, p. 103 ss.

(178) Segnatamente la sua dissertazione *De locatione-conductione iurisdictionis* (1738), poi inserita come *Exercitatio XXXIII* nei suoi *Opuscula varia* (in *Opera*, t. VI, Neapoli, 1777, p. 488 ss.), che ci offre una delle più tarde ricognizioni dogmatiche complessive della nostra problematica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la definizione dell''imperium' dà luogo ad una produzione di genere ormai riservata ai soli romanisti e per lo più priva di vere pretese ricostruttive a livello di teoria generale.

Anche tra i romanisti 'puri', tuttavia, vi è chi non si limita a ricamare sulle soluzioni già raggiunte e si sforza di trarre la discussione dalle secche della più arida filologia. Stiamo pensando soprattutto all'opera di Ugo Donello, che pur limitandosi ad un discorso rigorosamente storico-erudito sulle magistrature romane, ne articola la trama in un modo così arioso da proporlo veramente come una tavola di riferimento universale (179). La testimonianza donelliana è d'altronde assai interessante per noi in quanto ci rivela come la dottrina culta, dopo aver liberato il concetto di 'imperium' dalla sua subordinazione formale rispetto a 'iurisdictio', non si riconosca per niente negli esiti volontaristici che da quell'operazione minacciano di derivare ed aspiri invece a recuperare una rappresentazione del potere pubblico risolta interamente in termini di attività 'giurisdizionale'.

La tesi di partenza di Donello, infatti, è che nel vocabolo 'iusdicere' «... Latini emphasim ponunt, cum iis attribuitur, quibus aliqua imperandi potestas est. Non enim in hoc dicere, Latinis est tantum proloqui, sed dicere pro potestate et imperio ita ut exi-

---

Per farsi un'idea della vastità della tarda trattatistica *De iurisdictione et imperio*, basta consultare alle voci correlative M. LIPENIO, *Bibliotheca realis iuridica*, Lipsiae, 1757, ove si trovano registrate decine e decine di titoli.

(179) Il contributo donelliano a cui ci si riferisce è contenuto nei *Commentarii de iure civili*, una delle opere più tarde del maestro di Bourges. Le pagine che ci interessano, in particolare (corrispondenti ai capitoli VI-VII-VIII del libro XVII dell'opera) vennero pubblicate per la prima volta solo cinque anni dopo la morte di Donello, cioè nel 1596, quando, a cura di Scipione Gentili, fu data alle stampe una seconda edizione dei *Commentarii*, comprendente complessivamente ventotto libri (contro i soli undici della prima edizione 1589-90). Il testo dell'opera di cui ci siamo serviti è quello riprodotto in H. DONELLI *Opera omnia*, Lucae, 1762-1777, t. IV (coll. 1083-1164), corredato dal ricchissimo apparato di note e rinvii predisposto da Oswald Hilliger all'inizio del Seicento: apparato che, proponendosi esplicitamente di raccordare il discorso donelliano (a carattere essenzialmente storico-erudito) alla prassi giuridica contemporanea, attualizzandone e generalizzandone i contenuti, ci offre una chiave di lettura del testo perfettamente adeguata ai significati che siamo qui interessati ad estrarne. Per un orientamento sull'opera di Donello ancora fondamentale EYSSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gas» (180), come prova l'etimo di 'dictator' (181). Si torna quindi ad una concezione in cui la potestà di comandare è totalmente compenetrata in quella di dichiarare ciò che è diritto («quae magistratus pro potestate facit omnia [sunt] et iurisdictionis et imperii») (182), riproponendo in sostanza, pur nell'ambito di un diverso rapporto col testo romano, le convinzioni profonde della dottrina pre-umanistica.

D'altra parte, fissato questo punto fermo (che gli consente di accogliere definizioni assai tradizionali dei concetti di mero e misto imperio) (183), Donello si preoccupa subito di trovare una adeguata sistemazione dogmatica a tutte le altre esigenze funzionali dello Stato romano (ma in controluce anche moderno), nella consapevolezza che lo 'ius dicere' non esaurisce le esigenze di governo di una società estesa e complessa.

Al pari di Bodin, anch'egli è convinto che solo pochi tra tutti i titolari di 'munera publica' dell'ordinamento romano possano dirsi propriamente magistrati. Le magistrature non sono infatti che una piccola parte di quella categoria infinitamente più generica comprendente tutti gli «administratores Reipublicae»: «administrationem Reipublicae vocamus, cum quis ea procurat in civitate, quae facta, aut conservata ad publicam omnium utilitatem pertinent; qualis est procuratio eorum quae sunt belli, quae pacis aut tranquillitatis publicae; in quo est iuris reddendi et litis dirimendi cura; item eorum, quae sunt aedium civitatis, murorum, viarum, census, aerarii,

(180) *Commentarii*, L. XVII, cap. VI, n. 8 ed. cit., col. 1091.

(181) Cioè di una parola chiaramente derivante «ex verbo dicendi» e che pure ha un significato fortemente imperativistico: «dictare praescribere est et dictatores summa olim potestas apud Romanos» (*ibidem*).

(182) *Ibidem*, cap. VIII, n. 14, col. 1134.

(183) L'*imperium in genere* viene infatti presentato da Donello come il potere di eseguire gli atti giurisdizionali implicanti la necessità di una qualche coazione («Inest ergo... in universa iurisdictione superiore imperium adiunctum, cohaerens, mixtum iurisdictioni... Didicimus imperium dici in iis qui pro potestate iubere quid possunt: et potestatem eo demonstrari, si quis quod imperat, ratum dare possit... Est igitur nostris hoc imperium iubendi imperandive potestas, efficiendique ut ratum sit quod iusseris»: *ibidem*, cap. VII, n. 14, col. 1131). Dal che consegue che il *merum imperium* è la «executio omnium gravissima», implicante l'irrogazione delle pene di sangue, «ideo saepe et potestas et imperium absolute per excellentiam appellatur» (*ibidem*, n. 21, coll. 1145-46).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

annonae et similium» (184), secondo la descrizione dei vari compiti pubblici offerta da Pomponio nel primo libro del Digesto.

Ora, gli 'administratores' si dividono al loro interno nelle due specie dei magistrati e dei semplici «procuratores publici» a seconda che l''administratio' loro affidata abbia o non abbia 'iurisdictio' come proprio contenuto (185). Magistrato è dunque il titolare di una 'administratio publica' consistente nello 'ius dicere': mentre il semplice 'procurator' è solo il curatore di certi interessi collettivi, sprovvisto di potere. Si ripropone così nel discorso donelliano quel dualismo, già ben evidenziato da Bodin, tra funzioni pubbliche in senso soggettivo ed oggettivo — solo che, diversamente da Bodin, Donello ritiene che la vera peculiarità della 'potestas publica' non consista nella pura facoltà di comando, ma nella attuazione del diritto e dunque essenzialmente nel giudicare.

La ricostruzione di Donello, tuttavia, va al di là di questi risultati per certi versi già acquisiti. 'Iurisdictio', infatti — nota il nostro romanista — può essere assegnata al magistrato come suo compito esclusivo, esaurendo così l'ambito della sua 'administratio' (come accade tipicamente per figure quali il *Praetor urbanus* o *peregrinus* (186); ma niente vieta che sia anche cumulata con una 'procuratio' di specie diversa. L'organigramma pubblico romano, anzi, a ben guardare, è ricchissimo di curatori-magistrati «qui censui, aerario, vigilibus potissimum praeficiebantur, sed adiuncta iurisdictione, quae ad id munus tuendum necessaria videbatur» (187). La differenza tra il semplice 'procurator' e il 'procurator cum iurisdictione' consiste nel fatto che quando «controversia incid[it] in ea re, vel in eo munere cui praepositus est» (188) — ovvero quando si incontri una resistenza giuridicamente motivata all'espletamento del 'munus' —, il primo non ha alcuna autorità per risolverla e deve necessariamente rivolgersi al giudice competente come un qualsiasi privato;

(184) *Ibidem*, cap. VII, n. 5, coll. 1101-02.

(185) «Non quaevis administratio reipublicae magistratum facit, sed quae aut tota posita est in iuredicundo, aut hanc potestatem sibi adiunctam habet. Iurisdictio res magistratuum propria; quos constat esse constitutos, ut ius populo reddant, et quod idem est, ut ius populo dicant» (*ibidem*, n. 6, col. 1102).

(186) O per gli «iuridici» provinciali della tarda classicità (*ibidem*).

(187) *Ibidem*.

(188) Il caso è prospettato da Hilliger nella nota 8 al cap. VII cit., col. 1102.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mentre il secondo è titolare di un'autorità autosufficiente, potendo far diritto egli stesso sull'opposizione (189).

Questa ricostruzione, per quanto riferita essenzialmente alla Roma classica, ci aiuta in realtà a comprendere anche le ragioni profonde di quella sistematica simbiosi tra compiti 'amministrativi' e competenze giudiziarie così tipica degli apparati d'antico regime. L'ordinamento romano-moderno — sembra dirci in sostanza il nostro romanista — non ha affatto bisogno di 'inventarsi' una funzione specificamente consistente nella produzione di 'puri' comandi, come quella intravista da Bodin. Esso può benissimo far fronte alla complessità dei suoi compiti innestando l'una sull'altra le due funzioni di cui i testi classici forniscono un esplicito paradigma: quella del curatore d'interessi pubblici e quella del giusdicente. Il combinato 'cura-iurisdictio' è perfettamente in grado, in effetti, di soddisfare ad ogni esigenza di tipo 'amministrativo', giacché attribuisce al soggetto incaricato di realizzare un determinato interesse pubblico tutto il potere necessario a superare autonomamente gli ostacoli che si parino sulla sua strada, anche se non spazzandoli via tramite manifestazioni unilaterali di volere, bensì dichiarando la loro antigiuridicità per mezzo di atti giurisdizionali.

L'antivolontarismo donelliano, del resto , non è certo un *unicum* nel panorama dottrinale di fine Cinquecento. Nel medesimo torno di anni, ad esempio, uno stesso ordine d'idee è sviluppato da Hermann Vulteius, autorevole professore di diritto romano a Marbourg (190). Con, in più, una esplicita contestazione della definizione bodiniana di magistrato ed una aperta difesa, invece, di quella cuiaciana, che Bodin aveva duramente criticato. Premesso, infatti, che la sola ragion d'essere dei magistrati consiste nella «custodia iuris» (191), Vulteio nega senz'altro la configurabilità di soggetti pubblici 'cum imperio' e 'sine iurisdictione', accusando Bodin di

(189) «Hac nota — conclude Donello — separantur a magistratu procurationes omnes Reipublicae, quae iurisdictionem non habent: quo in numero sunt munera publica pleraque, atque adeo reipublicae plerique honores» (*ibidem*, col. 1102).

(190) Segnatamente nel suo *Disceptationum iuris scholasticarum liber unus*, pubblicato nel 1589 (di cui qui si utilizza la seconda ediz., Marpurgi, 1594).

(191) «Magistratus in hoc creantur, ut in communi societate eorum, qui sub una Republica continentur, his praesint, quae iuris publici sunt, et privati, eaque custodiant» (op. cit., cap. I, f. 7 v.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alcuni grossolani fraintendimenti nella lettura delle fonti; e conclude anzi sostenendo che l'‘imperium’ è stato aggiunto alla giurisdizione soltanto «ut iurisdictio sit cum effectu... Itaque [magistratus] imperium habet propter iurisdictionem, non iurisdictionem propter imperium» (192).

Sulla stessa linea si colloca, di lì a poco, Scipione Gentili — fratello di Alberico nonchè allievo ed amico di Donello —, dando alle stampe nel 1601 un suo ampio trattato *De iurisdictione* (193). A dispetto di un iniziale riconoscimento del primato della «politica» sulla «iurisprudentia» (che pare scritto apposta per evitare lo scontro con Bodin nella discussione circa il ruolo del magistrato) (194), le pagine successive ci rivelano un Gentili assai battagliero. Che dichiara di voler ricuperare l'antica definizione aristotelica del magistrato, per proporne poi una riformulazione più soddisfacente così concepita: «magistratus est praefectus publice iurisdicundi muneri» (195). Come in Donello, ciò che distingue il magistrato da ogni altro «praefectus publicus» non è l'‘imperium’, ma la capacità di ‘ius dicere’; e come in Vulteio, si dichiarano del tutto infondati i tentativi bodiniani di individuare magistrati forniti soltanto di ‘imperium’ (196). Ciò che l'autore arriva ad ammettere è solo che il magistrato-giusdicente possa svolgere *anche* funzioni di carattere non giurisdizionale, «cum sint innumerabilia in Republica, quae

(192) *Ibidem*, f. 8 r.

(193) Scipione, che aveva studiato sotto il magistero donelliano ad Heidelberg, seguì il maestro durante il suo soggiorno a Leida, dal 1581 al 1588, ed ottenne per sua intercessione, nel 1590, una cattedra all'università di Altdorf, dove Donello si era appunto trasferito e dove morì nel 1591 (EYSSEL, *Doneau*, cit., pp. 149-153).

(194) «Sic igitur magistratum aliter definit Iurisconsultus, aliter Politicus. Politicae pars est iurisprudentia. Quare magistratum definiet Politicus scilicet accuratius, et pro amplitudine scientiae suae, Iurisconsultus itidem pro modo disciplinae suae» (*De iurisdictione libri III*, L. II, cap. II, nella seconda ed. dell'opera (Neapoli, 1613) a p. 185).

Da questa premessa discende che il giureconsulto, nel definire esattamente le funzioni magistratuali (che secondo l'enumerazione aristotelica sono il «consulere», l'«imperare» e lo «iudicare») «diliget illam unam, quae ad iudicia pertinet» (*ibidem*), senza con ciò pretendere di esaurire l'oggetto definito.

(195) *Ibidem*, cap. III, p. 191.

(196) *Ibidem*, cap. II, p. 186. Parallelamente, Gentili offre una risposta negativa al quesito «an iurisdictio extra magistratum esse possit» (cap. III, *passim*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

absque ulla iurisdictione officio magistratuum constituuntur» (197). Ciò non toglie, però, che tutti i magistrati 'specializzati' attestati dalle fonti svolgano regolarmente funzioni giudiziarie, qualunque possa essere il ramo dell'amministrazione pubblica cui sono preposti («unde factum est, ut cum ab eodem Pomponio singuli magistratus specialiter dicantur, alii quidem praeesse aedibus, alii aerario, alii hastae, alii frumento: omnes tamen dicantur generaliter praefuisse iurisdictioni: d.l. 2 ff. de orig. iur. Sed alii tamen magis, alii minus, omnes tamen aliqua ex parte. In eaque parte, quae aliorum magistratuum esset, ne praetor quidem, cuius amplissima fuit iurisdictio, sese immiscebat» (198).

Puntualmente recepita da Oswald Hilliger nelle sue note al testo dei *Commentarii iuris civilis* donelliani, questa tesi di Gentili costituisce effettivamente un fedele svolgimento del pensiero del maestro di Bourges: secondo il quale, come rileva appunto il suo annotatore, «non potest intelligi magistratus qui omni imperio iuridiciali careat» (199).

8. È all'ingrosso su questo tipo di soluzioni che va ad attestarsi la successiva (ed ormai assai scolastica e verbosa) letteratura di genere secentesca. Per quanto la definizione bodiniana di magistrato non manchi di incontrare consensi (200), nessun autore è disposto a contrapporre categorialmente *imperium* magistratuale e *iurisdictio*; mentre tutti ribadiscono l'implicazione necessaria tra *imperare* e *iudicare* (201). Se è ormai pacifico che l'*imperium principis* si eleva

(197) *Ibidem*, cap. IV, p. 194: «non igitur ut quis magistratus aliquid pro iure suo agit, vel consultat, vel imperat, in eo continuo ius dicit: cum sint innumerabilia in Republica, quae absque ulla iurisdictione officio magistratuum constituuntur. Etiam sarcta tecta exigere, quae cura olim praetorum, postea consulum fuit, a iurisdictione separat Cicero; non ab officio». E ancora: «officium iusdicentis, quamvis latissimum ab Ulpiano dicatur in l. 1 ff. de iurisdict., tamen est multo quam magistratus officium angustius».

(198) *Ibidem*, cap. II, pp. 187-188.

(199) Nota n. 8 al cap. VII, L. XVII dei *Commentarii*.

(200) Così per es. Heinrich Bocerus (1561-1630) nel suo *De iurisdictione tractatus*, Tubingae, 1606, cap. VIII, p. 379: secondo il quale «Magistratus est Praefectus societatis publicae cum imperio constitutus».

(201) Così lo stesso Bocerus ora richiamato, del tutto contrario a dislocare l''imperium' al di fuori del campo di riferimento di 'iurisdictio'. Per quanto riguarda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

molto al di sopra di ogni possibile *iurisdictio*, l'*imperium* in senso tecnico, cioè quello degli apparati, continua a porsi come la «pars iurisdictionis quae in explicanda et exequenda notione consistit» (202). E sotto questo profilo si riafferma con convinzione la validità della tradizione medievale, che configurava la «necessitas» come elemento caratteristico di ogni potere subordinato ed escludeva «manum regiam habere locum in magistratibus inferioribus a Principe» (203).

Ben più rilevante per noi è il fatto che una posizione riconducibile a quest'ordine d'idee sia adottata nel più grande contributo

---

infatti il *merum imperium*, «animadvertere autem in homines facinorosos est iusdicere de capite hominis facinorosi... Verbum *animadvertere* in facinorosos non tantum significat coercere facinorosos, sed et de facinorosorum crimine cognoscere» (cap. II, p. 47). Mentre il *mixtum imperium*, che è «duplex», consiste sia nel potere coercitivo senza il quale «iurisdictio haud recte explicari posset», sia «in danda bonorum possessione... et in iubendo caveri praetoria stipulatione» (cioè nel compiere quel complesso di atti accessori al ministero del giudice che nel diritto romano il 'Praetor' era abilitato ad assumere). Più incline a riconoscere una certa autonomia all''imperium' è invece Georg Obrecht — 1547-1612: noto essenzialmente come fiscalista e proto-cameralista, e autore di un *Tractatus de iurisdictione, imperio et foro competenti* pubblicato postumo a cura del figlio (Argentorati, 1617: una prima e più ridotta edizione dell'opera era stata però pubblicata «auctore inscio» qualche anno prima) —: che dopo aver definito l''imperium' come quella «potestas magistratus, quae in iubendo et vetando praecipue consistit» ed aver rivendicato la non-coincidenza tra 'imperium mixtum' e 'iurisdictio', non trae comunque da questi rilievi alcuna conseguenza ulteriore rispetto a quelle già ricavate dai romanisti pre-bodiniani.

(202) Tale l'avviso di Tobias Paurmeister Von Kochstet, *De iurisdictione Imperii Romani L. II*, Francofurti ad Moenum, 1616, L. I, cap. XI, p. 142.

L'«imperium explicativum», in particolare, è per questo autore quello diretto «ad ipsam causae cognitionem ac iudicationem perficiendam», mentre «ad executivum omnia referuntur, quae ad efficienda et tuenda iudicata et statuta... sunt necessaria, ut est in criminalibus, ut reum poena, in quam condemnatur est, plecti iubeat..., in civilibus vero ad rem restituendam, vel ad dandum, vel faciendum iudicatum cogere possit» (*ibidem*).

(203) Così ancora Paurmeister, richiamandosi alla *Praxis* cinquecentesca di Gian Battista Asinio, giurista toscano che avremo occasione di incontrare più oltre (L. I, cap. IX, p. 125), e convalidando il principio con richiami a Cino e a Bartolo. L'«imperium politicum» o «politia», comprensivo della «potestas manu regia iustitiae administrandae» e della «potestas ferendarum legum», costituisce una prerogativa esclusiva del sovrano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

allo studio degli apparati prodotto dal Seicento francese: cioè nel *Traité des Offices* di Charles Loyseau (204).

Scopo del grande trattato, come si sa, è infatti la realizzazione di una 'mise en ordre' (sotto il profilo sia organico che funzionale) di tutto il contemporaneo apparato burocratico della monarchia francese. Una fatica a cui però l'autore si accinge utilizzando la medesima concettuologia formatasi grazie al lavoro dei culti: il che permette di apprezzarne i risultati alla luce della tradizione cinquecentesca precedente.

In apparenza, Loyseau aderisce ad un'impostazione di tipo 'bodiniano', dichiarando che la caratteristica tipica del magistrato consiste nella titolarità di un 'imperium' concepito genericamente come potere di «commandement». Diversamente dalla *communis opinio* dei romanisti, cioè, anche per Loyseau quel che distingue il magistrato dal semplice «officier» non è la capacità di «ius dicere», ma quella di comandare (205) (prova ne sia che, con Bodin, egli qualifica come magistrati anche i Procuratori del Re ed i Governatori provinciali) (206).

---

(204) Per una presentazione generale dell'opera — pubblicata nel 1610, contemporaneamente al *Traité des ordres* e due anni dopo il *Traité des Seigneuries* del 1608 — cfr. soprattutto la monografia di B. BASDEVANT GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627) théoricien de la puissance publique*, Paris, 1976, p. 90 ss.; nonchè le osservazioni di R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. I, *La société et l'Etat*, Paris, 1974, pp. 14-23 e, nell'ambito della letteratura italiana, di S. MASTELLONE, *Il trattato di Ch. Loyseau «Du droit des Offices»*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, IV, *Il pubblico funzionario*, vol. 2, cit., pp. 17-26.

(205) *Cinq livres du droit des Offices* (che citiamo da *Les Oeuvres*, Paris, 1640), L. I, cap. VI, pp. 65-67: conclusione comprovata tramite il solito richiamo alla definizione aristotelica, di cui si privilegia il riferimento alla potestà imperativa. In diritto romano, prosegue Loyseau, la persona pubblica priva di «commandement» si dice piuttosto «Préfet» o «Curateur» che magistrato (e Bodin ha sbagliato, a questo proposito, ad identificare le antiche «curationes» con le attuali «commissions», quando con «curatio» i Romani intendevano soltanto le commissioni conferite «sans commandement», chiamando invece «Magistrats extraordinaires» i commissari «avec commandement»: L. IV, cap. V, pp. 444-445); mentre oggi tutti i funzionari senza potere di comando sono definiti col termine generico di semplici «officiers» (L. I, cap. VI, p. 66). In particolare, è chiaro che in diritto romano il semplice «juge» «... rendit sa sentence en forme d'advis seulement»: «dont resulte (ce qui est fort à noter) que la pouvoir de juger n'includ pas le commandement, et par consequent la magistrature» (*ibidem*, p. 69).

(206) In quanto dotati di 'prehensio': loc. ult. cit., p. 71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tuttavia, si chiede subito il nostro autore, di quale 'imperium' e di quale 'commandement' sono effettivamente titolari i magistrati francesi contemporanei? Dei due tipi di 'imperium' proposti dal diritto romano, il 'mixtum' è certo «inherent inseparablement de la juridiction», non essendo altro che il potere di cui il giudice si serve per farsi ubbidire nel corso del processo e nell'esecuzione della sentenza (207). Parlando di 'merum imperium', invece, bisogna distinguere tra due concetti ormai per tutti ben differenti che il lessema veicola. Nel linguaggio legale di uso più corrente, infatti, 'merum imperium' significa 'alta giurisdizione penale', secondo il vecchio significato proprio della tradizione di diritto comune; ed in tal senso non v'è dubbio che esso continui ad implicare un'attività di tipo giudiziario (208). In un'altra accezione, di carattere più politico-costituzionale che pratico, il binomio indica invece il «pur commandement», inteso essenzialmente come un potere di ordinare e di punire «exempt des formes et abstrictions de la juridiction» (209). Ora, secondo Loyseau questo particolare tipo di autorità spetta in via ordinaria a tutti quanti i magistrati solo nell'ambito delle c.d. «Monarchies Seigneuriales» — ovvero in quegli ordinamenti politici in cui il principe si considera padrone dei beni e della persona dei sudditi per diritto delle armi —; mentre nelle «Monarchies royales» come quella francese, «où les subjets sont traités comme enfants», esso viene usato solo dai comandanti militari (che Loyseau definisce «officiers de Gouvernement»), ed in tutta la sua pienezza soltanto in caso di guerra (210).

---

(207) *Ibidem*, p. 67. Il 'mixtum imperium' è definito anche da Loyseau il «commandement ordinaire», spettante di diritto a tutti i magistrati.

(208) Per meglio dire: quell'attività di tipo giudiziario che comprende il «droit du glaive» di cui parla Ulpiano nella *l. 'Imperium'* (loc. ult. cit.).

(209) *Ibidem*.

(210) *Ibidem*, pp. 67-68. Di norma, infatti, il «pur commandement, qui s'exerce par les officiers de gouvernement sans observer les formes de justice, il ne s'estend pas à la haute justice et droit de glaive, et gieuse coërcion, ains à la legère coërcion et punition seulement».

Riassumendo il suo pensiero sul punto, Loyseau rileva: «bref, si on tourne le *merum imperium* des Romains pour signifier le haut et principal commandement, que nous appellons haute justice, c'est la verité qu'il reside en tous les Magistrats de Justice, sauf qu'aucuns d'iceux sont lieuz par l'appel. Si l'on entend pour le commandement

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È chiaro, dunque, che quando si parla di 'imperium' *tout court* a proposito del governo civile di uno Stato contemporaneo si deve sempre intendere quello «melé de la juridiction»: ovvero un «commandement de la justice» ben distinto dal «commandement de la force» proprio dell'ordinamento militare (211).

Il magistrato dello Stato nuovo quindi — che è lo Stato assoluto ma 'paterno' di Enrico IV — è sì riconoscibile in quanto titolare di 'imperium', ma solo eccezionalmente si presenta al suddito armato *soltanto* di 'imperium'. Di norma, la durezza del suo potere di comando è stemperata nella (e dalla) giurisdizione — tanto che il vero «commandement» magistratuale consiste, come dicevano i giuristi romani, nell'«habere legis actionem», cioè nell'esercizio di tutti quei poteri edittali e coercitivi funzionali allo 'ius dicere'.

Muovendo da questa premessa, Loyseau traccia la sua classificazione delle persone pubbliche statali (espungendo definitivamente dalla categoria i feudatari, di cui tratterà nella sede separata del *Traité des Seigneuries*). La maggior novità del suo schema consiste nel non essere più costruito soltanto sulla base della forma delle funzioni — com'era stato in tutta la tradizione precedente — ma anche sulla base del tipo di compiti espletati. Sotto questo profilo, l'apparato si rivela composto da tre grandi gruppi di funzionari, rispettivamente addetti alla guerra, alla giustizia e alla finanza, ove la formalizzazione di quest'ultima categoria sullo stesso piano delle altre due ci segnala tutto il cammino che lo Stato ha compiuto nel corso del secolo precedente. A questa prima partizione se ne sovrappongono altre due, ottenute applicando i due principali criteri classificatorii bodiniani — l'una organica, che distingue i burocrati pubblici in «officiers» e «commissaires» a seconda del titolo legislativo o procuratorio del loro 'ius ad officium'; l'altra funzionale, che

---

separé par la juridiction et formes de la Justice, il réside proprement aux Magistrats militaires et officiers de Gouvernement» (*ibidem*, p. 72).

(211) Il quale ultimo, essendo sottratto, nel suo esercizio, a qualsiasi forma di appello od opposizione, «on peut bien dire, que c'est la vray merum imperium du droict, qui est separé de la juridiction, sinon qu'il ne s'estend pas si avant...» (*ibidem*, p. 719). Anche la contrapposizione tra «commandement de la force» e «de la justice» è estrapolata dalle fonti classiche — ed in particolare da Cicerone, che spesso allude ai «duo genera imperandi, alterum per rationem, alterum per vim».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

distingue appunto tra persone pubbliche «avec» o «sans commandement».

Dalla griglia che si ottiene intrecciando insieme queste diverse partizioni si ricava che nella Francia contemporanea solo le cariche attinenti all'esercizio della «Justice» sono erette in «office» (212) e possono comprendere un potere di «commandement» a carattere generale all'interno di un certo territorio (213) — sì che esse sole corrispondono al profilo delle magistrature ordinarie romane —. Gli addetti alla guerra sono invece sempre dei «commissaires», titolari di un «commandement de la force» esercitabile soltanto in campo militare. Mentre infine gli addetti alla «finance» sono in maggioranza 'officiers' o 'commissaires' «sans commandement», preposti alla percezione e gestione dei redditi fiscali (214) — solo alcuni di essi si vedono attribuita una giurisdizione speciale entro certe materie, come già le magistrature romane «utilitatis causae constitutae»: tali, secondo Loyseau, gli ufficiali delle gabelle, gli *Elus*, i *Maistres des Eaux et Forêts*, i *Greniers à Sel* (215).

Da questa tavola, si ricava che la parte dell'apparato più omologabile alla futura 'Amministrazione' in senso soggettivo — cioè la «finance» — è composta da una 'base' di semplici 'curatores' (nel senso più debole e circoscritto del termine latino), sulla quale si incardinano, laddove la necessità lo richieda, alcuni «juges extraordinaires» dotati di 'prehensio', 'vocatio' e addirittura 'ius gladii' nell'ambito di un determinato contenzioso d'attribuzione. Una rappresentazione non molto diversa, nelle sue linee strutturali, da quella fornita dal romanista Donello: ove la percezione ormai netta di un'area di compiti amministrativi non comporta affatto l'emersione di una concomitante 'funzione amministrativa' in senso specifico. La «puissance publique» è «commandement», certo; ma nel governo civile degli Stati evoluti questo «commandement» si risolve quasi sempre nell'esercizio di un potere giurisdizionale. Il discorso di Loyseau, sotto questo aspetto, non va sicuramente oltre i traguardi

(212) Così in *Offices*, L. IV, cap. V, p. 446.

(213) L. I, cap. VI, p. 67.

(214) *Ibidem*, p. 73.

(215) *Ibidem*, pp. 69-70: cioè alcuni dei più tipici organismi giudiziario-amministrativi della Francia d'antico regime.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

già stabiliti da Bodin, e piuttosto sembra tenersi al di qua della linea da essi segnata.

Loyseau si conferma, del resto, partigiano di una forma piuttosto temperata di volontarismo anche nel celebre luogo in cui detta la prima — e del resto anche poi insuperata — definizione funzionale del concetto di 'police'.

Come si sa, quando si parla della crescente 'main mise' dello Stato sulla società nel corso dell'età moderna si pensa soprattutto al massiccio sviluppo di una penetrante regolamentazione del corpo sociale attuata dai governanti e dai loro apparati in vista della miglior realizzazione possibile dell'interesse generale. È questa, all'ingrosso, l'attività che nel corso del Cinquecento prende il nome di 'polizia', 'police', 'Policey' ed alla quale gli storici contemporanei — soprattutto tedeschi — hanno dedicato tanta attenzione (216).

Lasciando da parte il significato che l'espressione assume nell'esperienza germanica — ove fin dall'inizio tende a dislocarsi fuori dal campo dei concetti giuridici o comunque giuridicamente definibili — e limitandoci a considerare il contesto francese, in cui la 'polizia' assume un rilievo assai maggiore che negli altri Paesi latini; è indubbio che qui, prima di Loyseau, nessun giurista si è dato cura di indagare e definire esattamente i profili funzionali di questa attività. Ad essa ci si riferiva per lo più, in maniera generica, come a quel 'munus publicum' che «contient en soy la conservation et l'entretenement des habitants d'une ville, et du bien public d'icelle» (217). Il che comporta certo l'esercizio di un certo potere normativo. Ma resta da vedere quale sia l'inquadramento dogmatico

---

(216) La letteratura sull'argomento è effettivamente molto ampia e non può essere qui richiamata neppure per sommi capi. Per un recente bilancio in lingua italiana circa lo stato della storiografia in materia si vedano comunque i contributi pubblicati sotto il titolo «Materiali per un lessico politico europeo: 'Polizia'», dalla rivista *Filosofia politica*, II (1988), n. 1 (ed in part. C. MOZZARELLI, *Riflessioni preliminari sul concetto di 'polizia'*, p. 7 ss.; R. SCHULZE, *La 'Policey' in Germania*, p. 69 ss.; P. SCHIERA, *Nascita della modernità e scienza della polizia*, p. 141 ss.).

(217) Così il giurista cinquecentesco Jean Bacquet (1520-1595), avvocato del Re presso la Chambre du Tresor, nel suo *Traité des droits de Justice*, al cap. 28 (*Les oeuvres*, Lyon, 1744, p. 416). Per i significati del termine 'police' nella Francia del Cinquecento cfr. da ultimo D. MAROCCO STUARDI, *'Police' e pubblica amministrazione nella «République» di Jean Bodin*, in *Filosofia politica*, II (1988), pp. 15-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di questo potere, ed in particolare se si tratti di una facoltà autonoma o connessa a quella di rendere giustizia.

Ora, di contro appunto a chi, in linea con la tradizione medievale, vedeva nella 'police' una naturale appendice dell'attività giudicante, non scorporabile da essa (218), Loyseau si richiamò al modello classico del potere edittale pretorio per sostenere invece l'esorbitanza della potestà regolamentare dalla sfera di competenza di un semplice giudice («qui n'a de pouvoir que de prononcer entre le demandeur et le defenseur; et non pas de faire des reglemens, sans postulation d'aucun demandeur, ni audition d'aucun defenseur, et qui concernent et lient tout un peuple») (219); e che semmai questa autorità presentava analogie con quella del principe («attendu que ces reglemens sont comme des lois et ordonnances particulières») (220).

Ciò rilevato, però, Loyseau si affretta a precisare che tale capacità imperativa può essere esercitata solo in forma generale ed astratta: sì che per costringere i sudditi all'osservanza dei propri precetti il magistrato di polizia necessita del ministerio del giudice. «Il faut soigneusement distinguer le droict de faire des reglemens politiques, en quoy seul consiste le vray droict de Police, d'avec l'execution et cognoissance des contraventions à ces reglemens, qui depend sans doute de la simple et ordinaire Justice. Tout ainsi que

---

(218) La tesi che «la première et principale partie de la Justice, est la Police» era sostenuta, in particolare, nella Francia del Cinquecento, dai titolari di giurisdizioni feudali; mentre da parte degli ufficiali regi si propugnava una distinzione di carattere materiale tra giustizia e polizia, sostenendo che le «matières de police» (annona, viabilità, pesi e misure ecc.) erano per loro natura riservate in blocco alla competenza esclusiva del re e dei suoi diretti delegati (così ancora BACQUET, *Traité*, cit., pp. 416-17). Anche i secondi, comunque, mostravano chiaramente di aderire ad una concezione indifferenziata del potere pubblico, in cui potere normativo e giudiziario costituivano un fascio indistinto.

(219) Così in *Traité des Seigneuries*, cap. IX, in *Oeuvres*, cit., p. 89. Si noti, comunque, che sulla base di questa argomentazione Loyseau finisce per abbracciare la soluzione politicamente meno avanzata, al momento, che è quella di conservare la 'police' anche agli «hauts justiciers» in quanto titolari di quell''imperium mixtum' che consentiva già al pretore romano di 'edicere'. Sulla 'police' in Loyseau cfr. il già citato contributo di BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau*, p. 222 ss., nonchè M. BOULET SAUTEL, *Police et administration en France à la fin de l'ancien régime. Observations terminologiques*, in *Histoire comparée de l'administration*, cit., p. 47 ss.

(220) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

faire les lois est un des droicts qui n'appartiennent qu'au souverain, mais les executer et les faire entretenir est la charges des juges» (221). Certo, poichè nella realtà istituzionale della Francia moderna il 'magistrat de police' è di solito anche 'juge de police' ciò gli consente di godere di una autorità formalmente autosufficiente, sanzionando da solo le norme regolamentari che produce. Ma per eseguire i suoi comandi egli dovrà in ogni caso dismettere il suo abito puramente autoritativo, e adottare quello del giudice, piegandosi all'osservanza dell''ordo iuris'. 'Polizia' e 'giustizia' sono concepite dunque come due potestà nient'affatto contrapposte (222), ma semmai funzionalmente integrate: in modo tale che il potere normativo non è la manifestazione di un più ampio e generico potere di comandare, esercitabile anche in forma particolare — come era parso invece a Bodin —, ma una facoltà para-legislativa imprescindibilmente complementare rispetto ad una facoltà giurisdizionale.

Nonostante tutto, quindi, la grande ipoteca della cultura giuridica medievale non è stata cancellata ancora dalla coscienza dei giuristi moderni, ma si è piuttosto compenetrata con gli elementi innovativi che quella coscienza ha prodotto.

9. Con questo saldo si chiude, in Francia, il dibattito su 'iurisdictio' e 'imperium'. Il frammento di Ulpiano continuerà a costituire una valida palestra per gli esercizi eruditi dei romanisti, ma senza più manifestare una apprezzabile vitalità sul piano della teoria generale. Nella memoria collettiva del ceto dei giuristi si conserverà il ricordo, certo, di questa grande disputa in cui si sono impegnati «plusieurs anciens interprètes du droit»; ma l'opinione comune è ormai che «cette partie de la jurisprudence romaine», così lontana rispetto a «nos moeurs», sia «plus curieuse qu'utile» (223).

---

(221) *Ibidem*, p. 90.

(222) Così almeno nell'ambito dell'esperienza francese. Diversamente starebbero le cose in Germania, ove i due concetti sembra che tendano ad escludersi reciprocamente, sul piano concettuale, già dalle orgini: cfr. per tutti W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen, 1958, p. 60 ss.; G. UNRUH, *Polizei, Polizeiwissenschaft, und Kameralistik*, in AA.VV., *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Band I, Stuttgart, 1983, p. 409 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band I, München, 1988, p. 335.

(223) Così il *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle,*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In Germania, anzi, nel corso del Seicento molti giuristi dell'*Usus modernus* dichiareranno esplicitamente l'incongruenza delle categorie romanistiche del potere rispetto ai suoi effettivi modi di esercizio e di trasmissione nell'ambito dell'Impero e degli Stati territoriali (224). Mentre l'Italia, che al dibattito ha assistito da una posizione del tutto esterna, continuerà fin da ultimo, senza porsi troppi problemi, ad utilizzare le vecchie categorie tradizionali.

Con tutto ciò, sarebbe un errore concludere che la grande disputa cinquecentesca abbia costituito soltanto un futile prodotto della giurisprudenza elegante. Essa è stata in realtà l'occasione per segnare il punto massimo fino al quale la coscienza giuridica della nuova epoca è disponibile a rivedere le rappresentazioni funzionali proprie della tradizione precedente. I giuristi, cioè, non ripongono il binomio 'iurisdictio-imperium' nella vetrina delle curiosità antiquarie per sostituirlo con un'*altra* dogmatica delle funzioni pubbliche, fondata su nuovi principii. Essi possono invece permettersi di dimenticare la trama erudita del dibattito in quanto il punto d'arrivo sostanziale a cui quest'ultimo è pervenuto è per loro del tutto appagante, e può esser mantenuto lungo tutto il corso dell'età moderna anche nell'ambito di contesti in corso di rapida evoluzione.

Proviamo, a questo proposito, restando sul terreno dell'esperienza francese, ad alzare il nostro sguardo oltre i primi decenni del Seicento. Ci troviamo di fronte ad una situazione caratterizzata da una crescente creatività sul piano delle istituzioni amministrative, che non trova però un riscontro adeguato a livello di teoria funzionale.

A partire da Richelieu, la creazione di un nuovo apparato di governo fondato sul pur antico strumento della 'commission' e destinato a rendere ubiqua l'autorità del monarca in ogni punto della periferia, cominciò a modificare profondamente la fisionomia

---

canonique et beneficiale di Guyot, alla voce «Magistrat» (t. 37, Paris, 1780, p. 469). Secondo l'autore, si tratta di argomenti «qui peuvent à peine être entendus des personnes qui ont le plus approfondi cette partie de la jurisprudence romaine» (*ibidem*).

(224) Tra gli altri, per es., l'autorevole David Mevius (1609-1670), che in una delle sue celebri decisioni, edite tra il 1664 e il 1670, dichiarava appunto: «inutiles et perniciosi sunt iurisconsultorum illi, qui de moderna Iurisdictionis forma ex legibus romanis cesent et disputant» (così citato in G.Chr. Gebaver, Chr.G. Lang, *De iurisdictione illustris ictorum ordinis auctoritate*, Lipsiae, 1729, p. 47).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del Regno, avviandolo davvero a divenire uno 'Stato amministrativo' (225). In effetti, nel grande reticolo di intendenti provinciali raccordato al centro dal *Conseil du Roi* ogni storico di oggi riconosce a colpo d'occhio i tratti embrionali della futura 'Amministrazione' (in senso soggettivo) ottocentesca, che inizia a distinguersi da un potere 'giudiziario' ancora in mano agli apparati tradizionali e caratterizzato dalla perpetuità degli uffici e dalla inamovibilità dei loro titolari.

Da ciò tuttavia non par lecito inferire la conseguenza ulteriore che dietro al sempre più marcato dualismo organico tra 'officiers' e 'commissaires' si stia delineando un correlativo dualismo concettuale tra 'amministrare' e 'giudicare', analogo a quello presente nello Stato contemporaneo. A tale conclusione molti sono stati indotti dalla lettura di quei testi legislativi — il più importante dei quali è l'Editto di St. Germain-en-Laye del febbraio 1641 (226) — con cui il monarca, ricordando alle Corti giudiziarie sovrane di essere state istituite soltanto «pour rendre la justice», intimava loro di non «prendre connaissance des affaires d'etat et d'administration». Un esame più attento di questi documenti, tuttavia, rivela come il loro obbiettivo fosse semplicemente quello di opporsi alla sistematica intromissione dei Parlamenti nell'attività *legislativa* del sovrano: intromissione che si concretizzava nel rifiuto di registrazione dei suoi editti, nel continuo esercizio del diritto di rimostranza e nella dichiarazione di illegittimità della sua volontà in sede giudiziaria. Con «affaires d'état e d'administration», perciò, sembra da escludere che in quest'epoca si intendesse già qualcosa di diverso dall'e-

(225) Su questo fenomeno, corrispondente in sostanza all'affermazione dell'istituto intendentizio, basti rinviare a R. MOUSNIER, *Etat et Commissaire, Recherches sur la création des intendants des Provinces*, in *Forschungen zu Staat und Verfassung. Festgabe für Fritz Hartung*, Berlin, 1958, p. 325 ss., A. PETRACCHI, *L'intendente provinciale nella Francia d'antico regime*, I, *1551-1648*, Milano, 1971, R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, t. II, *Les organes de l'Etat et la société*, Paris, 1980, p. 484 ss., FR.X. EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien: l'intendance, du milieu du XVIIe à la fin du XVIIIe siècle (France, Espagne, Amérique)*, Aix en Provence, 1981, M. ANTOINE, *Genèse de l'institution des intendants*, in *Journal des Savants* (1982) p. 285 ss.

(226) Il documento si trova riprodotto in ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, 1829, t. XVI, p. 530: nello stesso testo sono contenuti i riferimenti ad analoghe dichiarazioni precedenti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sercizio di quei diritti regali che i giuristi da sempre avevano riservato al principe, e che questi cercava di difendere dalle usurpazioni dei suoi tribunali (227).

Nè tantomeno pare che la dottrina coeva sia stata stimolata dalle grandi trasformazioni in corso ad un ripensamento complessivo, *ex professo*, della propria tavola delle funzioni. Per quanto il «commissaire départi» di Luigi XIV sia certamente il progenitore effettivo del prefetto napoleonico, i giuristi francesi d'antico regime non lo seppero mai, o finsero di ignorarlo; continuando a 'vedere' unicamente l'antica facciata istituzionale, che la monarchia stessa volle fin da ultimo conservare.

«Ce n'est pas par les fonctions, ny par l'usage de l'autorité que ces Commissions... sont distinguées des Charges» (cioè dagli uffici ordinari) — notava per esempio Jean Domat, tracciando il bilancio conclusivo di quel XVII secolo apertosi virtualmente con l'opera di Loyseau —: tutta la «difference entre les Charges et les Commissions» riducendosi al fatto che «les Charges sont ou pour un certain temps ou perpetuelles», mentre le commissioni, essendo fondate su un titolo procuratorio, sono revocabili dal Re in qualsiasi momento (228).

Difficile dire, alla luce degli sviluppi storiografici degli ultimi anni, se la Francia moderna fosse davvero governata da trenta intendenti, come riteneva Tocqueville, citando a testimone Law (229). In ogni caso, al giurista di fine Seicento non risulta ancora che questa nuova macchina di governo, in dura ed aperta concorrenza con quella tradizio-

---

(227) Tale interpretazione (già da chi scrive avanzata in *Diritto amministrativo*, cit., p. 177) trova ora conforto nella lettura del medesimo testo offerta da S. VELLEY, *La constitutionnalisation d'un mythe: justice administrative et séparation des pouvoirs*, in *Revue de droit public et de la science politique*, CV (1989), pp. 779-780, in polemica con la generalità della dottrina amministrativa francese contemporanea, che tende a dar per scontata l'esistenza di una separazione dei poteri in senso materiale nella Francia d'antico regime.

(228) *Le droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel* (pubblicato postumo nel 1697), L. II, tit. I, sect. I, n. 3, ed. Paris, 1756, p. 148. Su Jean Domat (1625-1696) si veda N. MATTEUCCI, *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Bologna, 1959; P. LEGENDRE, *Domat, theoricien de l'état-gendarme*, in *Annales de la faculté de droit de Lille*, (1966), p. 247 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 157 ss.

(229) *L'ancien régime et la Révolution*, L. II, cap. I.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nale, operi secondo uno statuto funzionale apprezzabilmente diverso da quello che regola le magistrature delegate.

Se poi interroghiamo Domat circa la fisionomia di tale, onnivalente statuto, ci vediamo presentare un'immagine non molto differente rispetto a quella a suo tempo offerta da Loyseau.

Individuati, infatti, in 'Justice', 'Police' e 'Finance' i tre compiti fondamentali della burocrazia del suo tempo (230), egli constata che «il y a des Charges dont les fonctions sont melées de Justice et de police [e tali sono tutti i giudici ordinari, a cominciare dai Parlamenti, che si vedono riconosciuto *ipso iure* un ampio potere regolamentare generale] d'autres qui n'ont que de fonctions de Justice sans police [come tutti i giudici straordinari, con competenze limitate a materie definite]: et il y en a aussi dont les fonctions sont melées de Justice et de Finance [così tutte le giurisdizioni fiscali, a partire dalle *Cours des Aides*], et d'autres, qui avec quelques fonctions de Justice et de Finance ont aussi quelques fonctions de police [come i *Trésoriers de France*, o gli stessi intendenti provinciali] et d'autres n'ont que des fonctions de Finance sans administration de Justice, ni fonctions de police [come i ricevitori delle imposte]; mais il n'y en a point qui ayent la direction de la police sans quelques administrations de Justice, car les Reglemens de la police ne peuvent s' observer sans le ministère de l'autorité propre à la Justice» (231);

(230) Correggendo così la precedente classificazione di Loyseau (per lo più fedelmente seguita nel corso del Seicento: cfr. per es. C. FLEURY, *Institutions au droit français* (metà XVII sec. ca.), Paris, 1858, t. I, p. 86) con l'espungere la 'guerre' dal novero dei fini giuridicamente rilevanti dello Stato, e sostituendovi la 'police'). Com'è stato osservato (MESTRE, *Introduction historique au droit administratif*, cit., pp. 162-163) la nozione di 'police' assume una quantità di diversi significati nell'opera domatiana, a seconda dei vari contesti in cui viene impiegata. Qui, il lessema sembra impiegato non tanto nel senso tecnico-funzionale già definito da Loyseau (= potere regolamentare), quanto in quella più sfumata, e pur ancora vitalissima accezione di attività genericamente rivolta a procurare il benessere collettivo dei consociati (è a questo concetto più materiale che funzionale di 'police' che si richiamerà, di lì a poco, la repertoristica specializzata del sec. XVIII: a partire dal celebre *Traité de la Police* di Nicolas De La Mare — pubblicato tra il 1705 e il 1710 — ove appunto nel termine in questione si comprende in sostanza l'«ordre public de chaque ville», sottoarticolato al suo interno in undici materie fondamentali — religione, sanità, costumi, annona e così via).

(231) *Droit public*, L. II, tit. I, sect. I, n. 15 (i riferimenti tra parentesi quadra sono

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sì che «l'administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la Justice» (232).

Dietro all'apparente pariordinazione dei tre grandi gruppi 'materiali' di compiti pubblici si delinea così, ancora una volta, un sostanziale primato della giustizia, che costituisce una componente indispensabile di ogni carica dotata di attribuzioni autoritative (gli unici uffici non «melés de Justice» appartengono al settore della 'Finance', e le loro funzioni «sont bornées ... à recevoir les deniers de leurs Charges, et à rendre compte») (233). Pur dismessa la vecchia armatura della teoria romanistica, ne resta intatto il nocciolo duro, secondo il quale solo chi ha il potere di giudicare può vedersi assegnato anche quello di comandare.

Nè l'enorme sviluppo subìto nel corso del XVIII secolo dal 'droit de police' (234) modifica ancora la sostanza di questo pano-

---

tratti dai successivi nn. 16-19, nei quali appunto Domat documenta il proprio asserto generale), ed. cit., p. 151 ss.

(232) *Ibidem*, n. 20, p. 152, ove si ribadisce ancora che «on ne donne point d'exemple de Charges qui n'ayent que de fonctions de police sans aucune fonction de Justice». In effetti, non solo tutti gli attributari di una «juridiction universelle» erano titolari, nella Francia d'antico regime, di una certa capacità normativa (per tutti MOUSNIER, *Les institutions*, cit., vol. II, p. 665 ss.); ma, reciprocamente, anche gli ufficiali introdotti appositamente per l'esercizio di compiti di polizia (si pensi al *Lieutenant général de Police* creato nel 1667 per Parigi e poi esteso anche a varie altre città del Regno) si presentavano innanzitutto come «juges de police», ed avevano dunque ben poco a che vedere, sotto il profilo formale, con amministratori di tipo ottocentesco (come rimarcava già con forza M. OLIVIER-MARTIN, *Cours d'histoire du droit public: la police économique sous l'ancien régime*, ed. polycopiée, 1955, pp. 25-26, in polemica con chi tendeva a fornire un'interpretazione troppo 'attualizzante' di queste figure).

(233) *Ibidem*.

(234) Per un orientamento sulla nozione settecentesca di 'police' e sulla letteratura correlativa cfr. di nuovo MESTRE, *Introduction historique*, cit., pp. 163-165 e 178-179; nonchè i lavori di P. LEGENDRE (*Evolution des systèmes d'administration et histoire des idées*, in *Annali F.I.S.A.*, III (1966), p. 254 ss.; *Histoire de la pensée administrative française*, in AA.VV., *Traité de science administrative*, Paris, 1966, pp. 1-80; *La royauté du droit administratif*, in *Revue historique de droit français et etranger*, numéro spécial (1974), p. 144 ss.; *Stato e società in Francia. Dallo Stato paterno allo Stato provvidenza. Storia dell'amministrazione dal 1750 ai nostri giorni*, trad. it., Milano, 1958 (la ed. franc. Paris, 1968), p. 226 ss.). Sulla definitiva trasformazione della nozione nel corso del decennio rivoluzionario, P. COLOMBO, *'Police', 'ordre public' e 'sûreté de l'Etat': la trasformazione dell'ordine politico in ordine costituzionale*, in *Filosofia politica*, II, (1988), p. 105 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rama. Lo spettro funzionale della 'police' continua ad esser quello di una attività regolamentare contigua ad una attività giurisdizionale (235). E il diritto di polizia, in cui pure è giusto indicare l'immediato antecedente storico del futuro diritto amministrativo, per i contemporanei non è altro che un sistema di norme (essenzialmente penali) da attuarsi tramite la stessa tecnica giudiziaria che governa l'applicazione di qualsiasi altra norma, anche se utilizzando procedimenti semplificati.

Non solo. Ma anche quando finalmente, a partire dalla metà del Settecento, nel lessico politico francese comincerà ad emergere il vocabolo 'administration' in una accezione vicina a quella contemporanea — evocando cioè un'attività di cura d'interessi collettivi contrapposta a quella giudiziaria, ed affidata ad un distinto settore del pubblico apparato (236) —, proprio questo suo carattere stragiudiziale farà dubitare della sua idoneità ad assumere un autonomo contenuto imperativo. «L'administration veille, avertit, ordonne, défende — rilevano i pratici francesi del Settecento maturo —, se

(235) Basti qui rinviare alla presentazione storica delle 'juridictions de police' offerta da De la Mare (*Traité*, cit., t. I, pp. 37-39) ed alla voce 'Police' del *Répertorie* di Guyot (t. 46, Paris, 1781, pp. 183-194). Solo nella seconda metà del secolo si comincerà a rilevare che la «police judiciaire» è un'attività di fatto secondaria, nel quotidiano lavoro dei magistrati di polizia, rispetto alla c.d. «police d'inspection» o «de direction» — espressione con cui si abbraccia in sostanza tutta l'attività stragiudiziale di questi ufficiali, consistente in un indefesso sforzo di sorveglianza e di prevenzione volto alla cura del pubblico bene (così, per es. il celebre *Mémoire* redatto nel 1770 dal commissario parigino Le Maire su ordine del Luogotenente Sartine, e destinato a ragguagliare la Corte di Vienna sulla organizzazione della 'police' adottata in Francia: *Mémoires de la société d'histoire de Paris*, V (1878), p. 1 ss.). Si noti, tuttavia, come i primi tentativi definitori di questa funzione non-giudiziaria di cui si rivendica l'autonomia concettuale puntino ad identificarla più sulla base delle finalità perseguite che non dei suoi caratteri morfologici, ottenendo in definitiva immagini piuttosto sfocate. «La police en cette partie — scrive appunto Le Maire a p. 28 — renferme l'universalité de soins relatifs à l'administration du bien public, le choix et l'emploi des moyens propres à le procurer, à l'accroitre, à le perfectionner. Elle est... la science de gouverner les hommes et de faire leur du bien, la manière de les rendre, autant qu'il est possibile, ce qu'ils doivent être»: ove è evidente l'incapacità di cogliere il profilo propriamente giuridico dell'attività.

(236) La nascita del significato contemporaneo della parola è stata già descritta da Boulet-Sautel, *Police et administration*, cit., *passim*. Per un'utile integrazione cfr. Fr. Monnier, *Le débuts de l'administration eclairée*, in *Nouvelles de la République des lettres*, II (1985), p. 49 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fait obéir par la seule autorité des réglemens qu'elle presente, et auxquels on ne fait pas difficulté d'obéir. La juridiction au contraire discute, juge et contrainte. La première n'a de force coactive que dans le cas où le bien public exige que la provision soit accordée à l'execution de ses ordres; mais la seconde n'est jamais separée de la force coactive qui fait son essence... Les opérations de direction de la part de celui qui exerce ce droit sont fondées sur la connaissance qu'il donne des réglemens pour les faire observer; et de la part de ceux qui sont soumis à leur exécution sur un acquiescement volontaire» (237). Ed ancora, protestava la *Cour des Aides* di Parigi nel 1761 (insorgendo contro il progetto del Re di affidare ai soli «commissaires departis» il riparto dell'imposta diretta e la risoluzione del relativo contenzioso), «il peut être d'administration d'examiner quelle loi il est avantageux de faire en matière de finance; mais il ne peut jamais appartenir à l'administration d'interpréter la loi deja faite, ni de juger le particulier qui prétend s'y être conformé» (238). Con che diritto, del resto, un semplice 'administrateur' potrà emanare ruoli d'imposta definitivi in sede meramente stragiudiziale? Come potrà punire chi gli rende una «fausse déclaration» se non ha il potere di chiamare i sudditi a prestare una regolare «témoignage en justice» sotto giuramento? Quale valore avranno mai i suoi accertamenti, privi di forza di regiudicata? (239)

Per quanto, insomma, l'amministrazione sia ormai una realtà imponente nella Francia del Settecento, essa trova i giuristi o assai distratti nel prenderne atto, o positivamente impegnati nel negarne

---

(237) Così D. Jousse, *Traité de la juridiction des Trésoriers de France, tant en matière de domaine et de voyrie que de finance*, Paris, 1777, vol. I, pp. 214-215. L'osservazione, riferita in modo specifico agli ufficiali in intestazione, è comunque presentata come un dato di teoria generale.

(238) Cfr. *Mémoires pour servir à l'histoire de France en matière d'impôt, ou Recueil de ce qui s'est passé de plus interessant à la Cour des Aides, depuis 1756 jusqu'au mois de Juin 1775*, Paris, 1779, p. 157. Sulle rimostranze della Cour — di cui è stato Roland Mousnier a segnalare la specifica importanza per la storia del linguaggio amministrativo francese — cfr. M.Th. Allemand, *Les grandes remontrances de la Cour des Aides de Paris*, in *Bulletin d'histoire économique et sociale de la Révolution française*, XXVI (1976), pp. 35-103; nonchè M. Boulet-Sautel, *Une épisode de la lutte contre les prérogatives de l'administration: les 'Considérations' du Marquis d'Argenson*, in *Mélange Burdeau*, Paris, 1977, p. 741 ss.

(239) Così ancora la *Cour* nel 1768 (*Mémoires*, pp. 224-225).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'autonomia funzionale. Lo stesso Montesquieu, a cui si ascrive in genere il merito di aver per primo elaborato una compiuta teoria della separazione dei poteri, non pare in realtà aver istituito alcuna univoca corrispondenza tra il suo 'potere esecutivo' e quella funzione amministrativa che poi l'Ottocento ha visto codificata nelle sue pagine. Isolando la «puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens» dalla «puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil» (240), il *Baron* non volle altro, probabilmente, che riproporre, in chiave di equilibrio costituzionale, l'antico dualismo tra «gubernaculum» e «iurisdictio» — cioè tra competenze di politica estera e militare, riservate al principe, e competenze di amministrazione interna da lui permanentemente delegate ai magistrati civili: risultando ben poco credibile che proprio lui, capofila del liberalismo conservatore e teorico del primato costituzionale della *noblesse de robe*, abbia inteso mai formalizzare l'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento, di una funzione distinta e concorrenziale rispetto a quella espletata dalle burocrazie tradizionali. Una funzione che solo con la Rivoluzione e l'Impero vedrà riconosciuta ufficialmente la propria completa autonomia rispetto al potere di giudicare.

10. Con questi cenni siamo giunti al termine del nostro giro d'orizzonte sulla teoria generale delle funzioni pubbliche subordinate.

Va da sè che con tale rapida carrellata non si è certo preteso di dimostrare compiutamente quali fossero i modelli *positivi* cui la dottrina ricorse per rappresentare queste funzioni lungo un ventaglio di secoli che va dal Tre al Settecento. Qui si è invece voluto verificare soltanto il perdurare di una assenza concettuale: rilevando come negli ambienti e nei momenti del periodo considerato in cui si è più consapevolmente discusso, tra i giuristi legati all'esperienza del diritto romano-comune, sulle forme dell'attività pubblica, non si è mai venuta consolidando alcuna tipologia funzionale omologabile a quella 'amministrativa' contemporanea.

Per trovare, nella cultura giuspolitica moderna, qualcosa di

(240) Così in *Esprit des Loix*, L. XI, chap. VI, *De la Constitution d'Angleterre.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veramente affine ad essa occorre rivolgersi, come si sa, alla 'Polizeiwissenschaft' del Settecento tedesco: nelle cui pagine prende davvero forma un universo concettuale nuovo, ove l'attività pubblica è rappresentata attraverso un sistema linguistico del tutto autonomo rispetto a quello del mondo giuridico tradizionale, e consapevolmente contrapposto ad esso sul piano delle partizioni disciplinari (241). Appunto per questo, però, si tratta di un universo che esula del tutto dall'ambito della nostra indagine e che appartiene più alla proto-storia che alla pre-istoria della funzione amministrativa.

È qui dunque che inizia la seconda parte del nostro lavoro. Preso atto di questo 'vuoto' dogmatico, si tratta di esaminare più da vicino quali categorie fossero impiegate dalla cultura giuridica del tardo diritto comune per rappresentare tutti quei compiti materialmente amministrativi che pure gli antichi apparati furono chiamati con sempre maggior frequenza ad assolvere durante il corso dell'età moderna. In parole più povere, si tratta di vedere come si attuasse l'*attività* amministrativa prima dell''invenzione' della *funzione* amministrativa.

È quasi superfluo ribadire che a questo livello il nostro discorso ha il solo fine di proporre alcune ipotesi di lavoro, altro non consentendo l'eterogeneità del materiale che sarebbe necessario esaminare e la complessità dei problemi correlativi. Mentre va precisato che in questa breve esplorazione, pur utilizzando fonti dottrinali 'transnazionali', terremo presente soprattutto l'area giuspolitica italiana, come quella in cui il profilo dello Stato giurisdizionale continua a sopravvivere durante l'età moderna con caratteri più spiccati che altrove.

Calandoci allora entro questo contesto, il primo dato ad imporsi alla nostra attenzione è che qui, in stretta continuità con la tradizione medievale, ogni titolare di potere subordinato si qualifica ancora, per antonomasia, come un 'giudice' fino alla fine del Settecento.

Certo, la dottrina più tarda è ben consapevole di come, nel panorama dello Stato d'antico regime, non tutti i 'giudici' siano uguali; e di come anzi sotto questo termine si celino figure istitu-

(241) Cfr. ancora SCHIERA, *Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, cit., p. 273 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zionali molto diverse tra loro. «Altri», in particolare — rileva per tutti il Cardinal De Luca —, «sono coloro, i quali... solamente sono deputati per Giudici delle cause contenziose... dalli Governatori, o Magistrati, conforme insegna la pratica particolarmente delle Città grandi»; ed altri «sono quelli, li quali siano non solamente giudici delle cause, ma ancora Governatori de' luoghi, sì che facciano tutte le parti del governo politico, e civile, e anche della giudicatura per quello che porta la qualità del luogo, e della carica, conforme particolarmente insegna la pratica in coloro, i quali in Italia diciamo Governatori, o Capitani, o Podestà delle piccole Città, e delle Terre, o de' Castelli» (questi ultimi si dicon giudici, in effetti, «perchè possono, quando vogliono, giudicare per sé medesimi», ma non perchè l'attività giudicante sia quella sempre prevalente nell'ambito dei loro compiti) (242).

Il «governo pubblico, o sia politico, o sia etico» di cui il magistrato è investito costituisce insomma per il giurista 'pratico' un'area funzionale ben più ampia della semplice giurisdizione contenziosa. Il che non toglie, però, che ogni 'potente' sia necessariamente *anche* un giudice: e che soprattutto, sul piano dogmatico, tutte le sue attribuzioni a contenuto autoritativo si definiscano *per relationem* rispetto al potere di giudicare — come cercheremo appunto di mostrare nei prossimi paragrafi —.

Semmai, richiamando uno dei dati forse più chiaramente estrapolabili dalla nostra rassegna precedente, c'è da dire che non tutto il «governo pubblico» si risolve, per il giurista di diritto comune, in una attività a profilo imperativistico.

Qualsiasi organismo politico, in effetti — *civitas* o *regnum* che sia —, accanto ai suoi compiti d'istituto, deve anche attendere alla propria amministrazione privata, curando la gestione dei suoi beni e redditi. In ogni ordinamento comunitativo, per esempio, è evidentissima la differenza tra gli «administratores civitatis» da un lato, deputati dalla collettività alla cura del patrimonio e delle entrate dell'ente, e gli «administratores iustitiae» dall'altro — che sono poi

(242) G.B. De Luca, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Roma, 1673, L. XV, pars I, cap. 4, pp. 49-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quei 'Podestà' e 'Governatori' a cui si riferisce De Luca nel passo ora citato, attributari di una vera e propria autorità pubblica (243). Negli ordinamenti generali, ancora, questo dualismo assume un tale rilievo da determinare uno sdoppiamento organico tra la figura del 'princeps' (come soggetto titolare della potestà imperativa suprema e degli altri diritti di sovranità ad essa connessi) e quella del suo 'fiscus' (come soggetto titolare dei beni e redditi patrimoniali dello Stato, il cui statuto giuridico non si differenzia in linea di principio da quello di un privato, salvo il godimento di una quantità di privilegi speciali nei rapporti con le altre persone) (244). L'apparato corrispondente si bipartisce a sua volta, già nel *Regnum* medievale, in un ramo giudiziario e in un ramo fiscale o 'economico' composto da funzionari delegati all'amministrazione del patrimonio pubblico (comprensivo, quest'ultimo, non solo di beni *in commercio*, ma anche di tutto quel complesso di diritti riservati definiti come 'regalìe minori' e consistenti sia nella proprietà di strade, acque pubbliche, miniere, porti, sia nel monopolio legale di particolari

(243) Cfr. per tutti LOSEO, *De iure universitatum*, cit. pars I, cap. III, n. 3, p. 45: ove si precisa appunto: «administratores in duplici sunt differentia, aut enim sunt administratores bonorum, aut iustitiae».

(244) Sul concetto di fisco nell'età intermedia occorre riferirsi essenzialmente a F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, già in *Studi senesi*, XXV (1908) e ora in ID., *Studi giuridici*, Milano, 1960, vol. III, p. 37 ss. Una attenta rivisitazione del tema con riferimento alla letteratura giuridica spagnola si può ora vedere in B. CLAVERO, *Tantas personas como Estados. Por una antropologia politica de la historia europea*, Madrid, 1986, cap. III. Assai utile, nel suo tentativo di abbinare l'indagine sulla dottrina alla ricostruzione della prassi e delle istituzioni, il contributo di G.P. MASSETTO, *Avvocatura fiscale e giustizia nella Lombardia spagnola: note su manoscritto secentesco*, in AA.VV., *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Atti del convegno di Varenna del giugno 1979, Milano, 1980, p. 390 ss.

Non è questo il luogo per richiamare il complesso dibattito dottrinale circa la definizione della personalità del fisco in età intermedia. Basti qui ricordare che, secondo la fiscalistica più tarda, venuto ormai meno l'antico dualismo romano tra 'fiscus Caesaris' e 'aerarium populi', per 'fisco' si intende in genere la «congregatio» di tutta quanta la «pecunia publica», ovvero la «Camera Regni» o «Imperii»: cioè la personalizzazione giuridica del pubblico tesoro (tra i tanti cfr., per es., A.S. GARONI, *Commentaria in tit. de Iure et privilegio Fisci Constitutionum Status Mediolani*, Mediolani, 1629, cap. I; G.B. DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, Romae, 1679-1681, vol. II, *De Regalibus*, discursus 44, n. 20, p. 148).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attività, come la gestione della posta, la riscossione delle imposte, la fabbricazione delle armi e così via) (245).

Questa bipartizione dei compiti pubblici, come vedemmo, viene ridefinita dalla dottrina cinquecentesca suddividendo l'apparato in «procurationes cum imperio» (magistrature in senso proprio) e semplici «curae publicae» o «honores» che dir si voglia: ed aggiungendo poi che niente vieta al sovrano di conferire, congiuntamente alla 'cura' di un certo interesse patrimoniale, la giurisdizione sui rapporti correlativi a quel certo ramo di amministrazione.

L'esempio più comune, forse, di «curae» pure e semplici è costituito proprio da quegli ufficiali municipali ai quali poco sopra si accennava. Regolarmente omologati ai «decuriones» dell'antichità tardo-romana, al pari di questi essi non si qualificano come 'magistratus', ma son classati piuttosto nel rango delle semplici 'dignitates': la loro funzione consistendo soltanto nel «gerere» i «negotia civitatis» e nel «repraesentare totum populum, seu civitatem» nei suoi negozi patrimoniali, «ita ut quidquid ab illis sit factum, a toto populo factum videatur» (246).

Similmente, anche gli «officia» a profilo funzionale multiplo, gestionale ed autoritativo insieme, sono definiti ricorrendo a vari

---

(245) La definizione e la classificazione di questi diritti costituisce il primo, e forse il più comlesso impegno della trattatistica in materia fiscale: cfr. per tutti M.A. PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci Libri octo*, Venetiis, 1611, L. I, tit. I, *passim*; R. SIXTINO, *Tractatus de Regalibus* (1609), Norimbergae et Francofurti, 1683, cap. II, p. 14 ss.

(246) Così, per es., FR. DE AMAYA, *Commentarii in tres posteriores libros Codicis Imp. Iustiniani* (1638), Lugduni, 1667, *ad rubr. tit. de decurionibus*, n. 23, p. 236: ove si rimarca come i decurioni non siano altro che i «senatores patriae suae» e come tali, quindi, sprovvisti di poteri d'imperio. Sul punto cfr. anche ampiamente LOSEO, *De iure universitatum*, loc. ult. cit., p. 54 ss.

Stando ad alcuni passi soprattutto ulpianei, comunque, il «curator Reipublicae» per antonomasia non sarebbe tanto il decurione, quanto l'ufficiale civico cui spettava «agros Reipublicae retrahere, licet a bonae fidei emptoribus possiderentur»; «pecuniam ad annonam destinatam exigere»; adoperarsi «ut dirutae domus extruerentur a dominis» ricorrendo al 'Praeses' affinché provvedesse a costringerveli ovvero a cedere i propri immobili alla *civitas*; mantenere in buono stato gli acquedotti ecc. (tale il profilo offerto da L. GALGANETTI, *Tractatus de iure publico, seu de legibus et magistratibus*, Venetiis, 1623, tit. 27 ss., p. 423 ss.): un insieme di compiti che negli ordinamenti moderni sono normalmente distribuiti tra una pluralità di amministratori 'specializzati'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modelli classici: tra i quali, il più fortunato è forse quello del c.d. 'Procurator Caesaris' o 'Rationalis'. A questa carica — avverte la dottrina culta —, introdotta da Augusto per provvedere alla cura del patrimonio fiscale, non era stata annessa in origine alcuna giurisdizione. I «procuratores» augustei erano perciò dei semplici «curatores», istituiti «ut vectigalia conquirerent, impendiaque, si quae opus esset, facerent»; tali quindi che il loro *munus* era definito «potius officium, quam magistratus». Nel corso dell'impero, però, in aggiunta a questa originaria competenza, essi si videro attribuire anche una giurisdizione esclusiva sulle controversie tra i privati ed il fisco del principe, in deroga a quella dei giudici ordinarii (247).

Ora, secondo la dottrina del tardo diritto comune il vero cuore pulsante di ogni apparato amministrativo d'antico regime è appunto costituito quasi sempre da una magistratura assimilata a quella or descritta. Tale, per esempio, è il 'Cammermeister' degli ordinamenti territoriali tedeschi (248); e tali sono, secondo la dottrina italiana, organismi come i Magistrati dei redditi ordinarii e straordinarii del Ducato di Milano (249), la Camera Apostolica dello Stato della

(247) Così, ancora, per tutti, HOTMAN, *De magistratibus romanorum eorumque institutione*, cit., col. 263. La ricostruzione, nelle sue grandi linee, è condivisa dalla generalità degli eruditi, anche se con una certa gamma di variazioni sul tema. Per qualcuno, ad es., il processo descritto si sarebbe realizzato prima a beneficio dei procuratori fiscali delle Provincie; mentre a Roma solo con Nerva si sarebbe pervenuti ad istituire un «praetor particularis, qui inter privatos et fiscum iusdiceret», e dal quale sarebbero poi derivati i tre «comites sacrarum largitionum, rerum privatarum, et sacri patrimonii» della postclassicità (H. VULTEIO, *Ad titulos Codicis qui sunt De iurisdictione*, Francofurti, 1599, ad. l. I, n. 50, p. 38). Mentre per altri l'istituto raggiunge la sua configurazione definitiva già sotto Claudio (AMAYA, *Commentarii*, cit., *ad tit. De iure fisci*, n. 3 ss., p. 14, contro un'altra opinione ancora, che posticipa tale momento all'età dei Severi). Ciò che conta, comunque, è che la dottrina concorda nel riconoscere al 'Procurator' natura di magistrato («cum et publicam rerum fiscalium administrationem, et in ea iurisdictionem a Principe habet»: GENTILI, *De iurisdictione*, cit., L. II, cap. III, p. 190).

(248) Cfr. VULTEIO, *Ad titulos Codicis*, cit., ad l. I, n. 51, p. 39.

(249) Così appunto uno dei più apprezzati fiscalisti lombardi dell'età moderna (G. BENAGLIO, *Relazione istorica del magistrato delle Ducali entrate straordinarie dello Stato di Milano*, Milano, 1711, p. 2): il quale ritiene «ben certo» che i magistrati fiscali delle *Novae Constitutiones* milanesi «sono successi alli Procuratori di Cesare: li quali nella loro creazione non ebbero giurisdizione, ma solamente l'amministrazione delle cose fiscali sotto Augusto primo institutore... Continuando come amministratori fino ai tempi di Claudio, in cui fu loro data la giurisdizione nelle cause fiscali, e in quelle tra il fisco e le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Chiesa (250), la Camera della Sommaria del Regno meridionale (251).

Tutt'altro che puramente retorica, questa assimilazione costituisce invece il postulato per una corretta qualificazione giuridica di

---

persone private, con tale autorità delle loro decisioni, che devono osservarsi come se fatte dallo stesso Senato». L'assimilazione, peraltro già suggerita da un *consilium* di Iacopo Menochio richiamato dallo stesso Benaglio, verrà poi ribadita anche dai commentatori successivi del diritto proprio del Ducato (cfr. G. VERRI, *De ortu et progressu iuris mediolanensis, prodromus seu apparatus ad historiam iuris mediolanensis antiqui et novi*, Mediolani, 1747, cap. III, n. 28, p. 135: «magistratus isti, quibus Johannes Galeaz Vicecomes formam dedit, locum Procuratoris Caesaris tenent, quum regium patrimonium sedulo administrent custodiantque, ac inter fiscum privatosque cives ius reddant, uti a Procuratore ipsius Caesaris fieri olim consuevisse scimus»). Sul punto cfr. anche VISCONTI, *La pubblica amministrazione nello Stato milanese*, cit., p. 217 ss.

(250) Basti rinviare a DE LUCA, *Relatio romanae curiae forensis, eiusque tribunalium, et congregationum*, in *Theatrum*, cit., vol. XV, pars II, discursus 33, n. 23, p. 186. Ove l'autore conclude: «quamvis in quaestione sit apud DD. quibus ex antiquis Romanae Reipublicae officialibus vel magistratibus isti Clerici exaequandi sint... [puto] ut vere et proprie exaequari mereantur antiquo officio Procuratoris Caesaris, non autem Quaestoribus, ut alii opinant». Tale ultima qualifica, che secondo la dottrina non implicherebbe la titolarità di alcuna 'iurisdictio', si attaglia di più ai tesorieri e ai collettori delle imposte; mentre i chierici di Camera «sono giudici, e hanno più l'amministrazione intellettuale per via di giustizia, che l'attuale e l'economica» (così ancora De Luca, nella versione in volgare del medesimo testo: *Dottor Volgare*, L. XV, parte III, cap. 30, n. 25, p. 276).

(251) Così, per es., Giovanni Bolognetti (*In priman Digesti veteris Commentarii*, cit., *Super rubricam de officio eius cui mandata est iurisdictio*, n. 17) e più tardi Garcia Mastrillo, nel trattato forse più noto sulle magistrature regnicole d'antico regime (*De magistratibus, eorumque imperio et iurisdictione* (1616), Venetiis, 1667, L. V, cap. IX, p. 300). Tale analogia è ancora ricordata dalla trattatistica settecentesca (FR. RAPOLLA, *De iure Regni Neapolitani*, cit., vol. I, L. III, cap. VI, p. 333 ss.), anche se ormai il riconoscimento della specificità dei «mores nostri» spinge l'autore a rintracciare i caratteri della magistratura più nella storia del Regno che nelle pagine del Digesto).

Non manca, a dire il vero, chi identifica invece il 'Procurator Caesaris' con la moderna figura dell'avvocato fiscale (così per es. FR. DE ALFARO, *Tractatus de officio fiscalis deque fiscalibus privilegiis*, Matriti, 1639, gl. IX, pp. 27-28): cioè con quell'ufficiale che «in supremis regiis tribunalibus lites defendit» e «Regiam personam, sicut procurator privati privatam personam, repraesentat». Le due figure, comunque, secondo la dottrina più attenta, erano già ben distinte nell'antichità e non vanno confuse tra loro (così AMAYA, *Commentarii*, cit., ad l. LXVI *tit. de decurionibus*, p. 298, secondo il quale il «fiscale officium» venne introdotto sotto Adriano e non ha alcuna relazione con la magistratura del 'Procurator', di fronte alla quale, semplicemente, gli avvocati del fisco sono chiamati a patrocinare).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutta la funzionalità di questi importanti apparati. Vere Erme bifronti funzionali, essi ripartiscono equamente la loro attività tra un versante 'economico' (nell'antico significato aristotelico dell'attributo), ove li si vede intenti a concludere contratti, a transigere, ad acquistare a vario titolo, a destinare risorse e così via; ed un versante giudiziario, che li trova impegnati a risolvere controversie sorte molto spesso proprio da quei negozi che essi stessi hanno posto in essere in sede 'economica', ad esercitare una giurisdizione repressiva sui reati 'fiscali', e ad assumere altri atti a contenuto autoritativo (252).

---

(252) Una testimonianza tra le tante della 'doppia natura' di questi organismi ci è fornita dalla descrizione dei compiti del Magistrato staordinario milanese offerta (secondo l'attribuzione tradizionale dell'opera) dal giureconsulto lombardo Giulio Claro: «il Magistrato delle Entrate straordinarie, e Beni Patrimoniali dello Stato di Milano, è un tribunale anticamente eretto... sotto il quale si trattano, e governano li Beni Patrimoniali del Principe, le Acque de' Fiumi Regali, li Feudi, Beni e ragioni de' Confiscati, Beni vacanti, la cura di far esigere le pene pecuniarie che s'applicano alla Camera Regia di questo Stato, di far apprendere tutti i beni, che per confiscazioni, condennazioni o devoluzioni, che per qual si voglia sorte ritornano alla Camera... amministrando detti beni, ragioni e acque, affittandoli e facendo scuodere li affitti, facendo fare li miglioramenti, e riparazioni in quelli necessari, terminando le liti, che sopra tali beni, feudi, devoluzioni e acque occorreranno» (*Titolo del Magistrato straordinario, composto nella maggior parte dal Presidente Giulio Claro dopo l'anno 1563*, in BENAGLIO, *Relazione istorica*, cit., p. 201). A distanza di quasi due secoli, nel 1738, una relazione sui compiti del magistrato ci attesta come, dal punto di vista funzionale, l'assetto delle sue competenze resti quasi del tutto immutato. Esse sono infatti indicate ne: «il governo dell'Annona, la Cura e Conservazione de' Reali Fiumi ed acque, la cognizione delle Cause feudali, il giudizio di tutte le provenienti da confische condanne o Multe, l'amministrazione de' beni confiscati, descritti et appresi per qualunque de' suddetti titoli, la Conservazione di tutte le Strade e Ponti tanto necessarie alla facilità nel commercio... l'apprensione ed amministrazione di tutte le eredità, e beni vacanti, il discutere le cause de' beni acquistati dagli Esteri contro il prescritto delle Nuove Costituzioni» e così via. Un insieme di attribuzioni fittamente interrelate, il cui semplice elenco dimostra in modo evidente «non essere questo Tribunale soltanto semplice amministratore d'azienda, quanto anche di rigorosa giustizia» in tutte le materie a lui affidate. Ove esso «giudica li punti di giurisprudenza che si eccitano tra il Regio Fisco e gli appaltatori dell'accennate rispettive imprese» fiscali; come pure «tutte le controversie che alla giornata, e frequenti occorrono tra'l regio Fisco e li particolari» per le cause più varie, relative alle acque, alle strade, al commercio dei grani ecc. (*Memoria del Presidente e Questori delle Regie Ducali Entrate Straordinarie e Beni Patrimoniali dello Stato di Milano*, in Archivio di Stato di Milano, *Uffici Regi, P.A.*, n. 679).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I noti brocardi, quindi, proclamanti l'omologazione fondamentale del fisco ad una persona privata («fiscus non habet iurisdictionem», «fiscus utitur iure privato si non reperitur specialiter privilegiatus» (253)) devono essere apprezzati alla luce dell'assetto funzionale in cui si calano. Privo, certamente, di un proprio potere generale di 'autotutela' (come capacità di realizzare autonomamente le proprie pretese giuridiche) analogo a quello delle amministrazioni contemporanee (254), il fisco d'antico regime trova modo di compensare questa carenza facendo coincidere ordinariamente la figura del suo amministratore con quella del suo giudice. Operazione che da un lato evitava al rappresentante del fisco di poter essere convenuto davanti al giudice ordinario ad opera di qualunque privato (255), e dall'altro salvava il principio della imparzialità del potere, poichè quando il magistrato fiscale compariva armato di pubblica autorità era sempre assiso sul suo scranno di 'giudice', in una posizione quindi di equidistanza formale rispetto agli interessi confliggenti del fisco stesso — rappresentato in giudizio da appositi avvocati — e del suo contraddittore (256).

---

(253) Cfr. ancora per tutti PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, cit., L. I, tit. I, n. 12, p. 2, e L. VI, tit. I, n. 1, p. 124; GARONI, *Commentaria*, cit., cap. II, p. 5 ss.

(254) Sulla nozione cfr. soprattutto F. BENVENUTI, *Autotutela, ad vocem* in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 537 ss.

(255) Come sarebbe accaduto se il 'curator fisci' non fosse stato titolare di 'imperium', giacchè, rileva la dottrina culta, «qui potestatem neque vocationis habent, neque prehensionis, eos magistratus a privato in ius quoque vocari est potestas» (così ancora HOTMAN, *De magistratibus Romanorum*, cit., col. 245, a proposito degli Edili curuli, che nella sua ricostruzione sarebbero ufficiali sprovvisti di capacità autoritativa).

(256) Sì che il processo assumeva esteriormente la fisionomia di una qualsiasi altra vertenza civilistica: «sebbene il Principe — nota ancora per es. a tal proposito il nostro De Luca — o un'altro Signore, o Prelato sia Giudice nelle cause proprie, in maniera che paia di fatto Giudice e parte; nondimento anche si verifica nel Giudice questo personaggio di terzo decisore della differenza, la quale sia tra' due, i quali contrastino tra loro, uno de' quali si dice attore, e l'altro reo, mentre il Principe deputa quel difensore della sua Camera o delle sue regioni, il quale si dice Avvocato, o Procuratore del Fisco, o della Camera, che fa le parti di Attore, o di reo; et ancora per se stesso, overamente per il più, per mezzo di uno, ò più suoi ufficiali, fa l'altra parte di giudice, sì che sempre si verifica il concorso delle tre persone» (*Dott. Volgare*, cit., L. XV, p. I, cap. IV, p. 47). La letteratura specializzata, quindi, poteva ridurre tutta la particolarità della situazione al fatto che il fisco, tra gli altri suoi privilegi, godesse anche di quello di un foro riservato: «in fiscalibus itaque causis, iudex particularis, ex Principis constitutionibus, et ex usu

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Non è qui possibile approfondire i fondamenti legittimanti di questa ordinaria capacità del fisco di giudicare in causa propria — capacità il cui carattere 'odioso' era del resto temperato, in pratica, dal fatto che di solito le mansioni propriamente giudicanti venivano affidate, nell'organizzazione interna delle nostre magistrature, a componenti togate più o meno distinte dagli uffici addetti invece al disbrigo degli affari 'economici' (257) —.

Quel che preme rilevare è invece che a questo modello funzionale a competenze 'miste' — autoritative e non — si conformano non solo le magistrature fiscali in senso stretto, ma anche una quantità di altre figure istituzionali assegnatarie dei più svariati compiti pubblici. Per molte di esse l'integrazione tra attività di 'cura' e di 'giurisdizione' è ancor più naturale ed immediata. È forse pensabile che gli amministratori delle acque, delle strade e delle opere pubbliche (ovunque assimilati agli Edili curuli romani) (258), a cui il principe ha affidato la cura di questa parte importantissima del suo demanio, possano espletare il loro compito se non hanno anche la giurisdizione repressiva sugli abusi commessi dai sudditi nell'utilizzazione di questi beni, o quella civile sulle controversie relative alla loro manutenzione e fruizione (259)? O si può immaginare un

---

designatus, reperitur: nempe Procurator Caesaris (sic enim appellatur) de causis fiscalibus cognoscit, in quo non mediocri fisci privilegio versatur» (PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, cit., L. VII, tit. I, n. 1, p. 151).

(257) Fino a determinare, all'interno dell'organismo, una ripartizione di competenze assai netta tra il 'braccio' amministrativo-contabile e quello giudiziario (cfr. ad. es. la descrizione della struttura della Sommaria offerta da RAPOLLA, *De iure Regni*, loc. ult. cit., p. 336).

(258) Cfr., tra le tantissime testimonianze, B. FRAGOSO, *Regimen Reipublicae Christianae* (1641) Lugduni, 1667, p. 914, disp. XXI: «porro aedilitas est magistratus de publicis ac privatis rebus, ut de ornatu decenti, de conservandis aedificiis ruinas minantibus, de munditia viarum, ac conservatione et directione, de finibus regendis. Cuius magistratus plures sunt in magnis civitatibus partes, ut praefecti moenibus reficiendis, fontium curatores, pontium reparatores, ac viarum et portium conservatores»; o ancora, con specifico riferimento alla «Presidenza delle Strade» dello Stato della Chiesa (che costituisce uno dei più strutturati uffici del genere nell'ambito degli Stati territoriali italiani), A. BRUGIOTTI, *Epitome viarum et fluminum, praxim rei aedilis compraehendens et aliquid de immunitate*, Romae, 1669, cap. III, p. 39.

(259) Al pari del 'Procurator Caesaris', anche gli 'Aediles' si presentavano in origine — a detta della dottrina erudita — come dei semplici «curatores» (la loro «procuratio» era «triplex»: «primo ut ludos facerent, deinde ut aedes sacras, publica-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'Praefectus Annonae' che si limiti a costituire scorte di grano, e a venderne e a acquistarne in tempo di carestia, senza avere il potere di reprimere le esportazioni clandestine e giudicare sulle altre infrazioni ai regolamenti annonari (260)? Il 'curator', in questi casi, ha veramente bisogno di completarsi nel magistrato e viceversa.

I profili funzionali di queste magistrature — tanto variegati quanti sono gli «stylus procedendi» dei diversi ordinamenti, e perciò difficilissimi da ricostruire in termini generali — costituiscono in ogni caso un universo singolare, che meriterebbe di esser esplorato con una certa cura.

È normale, per esempio, che un certo *Tribunal Viarum*, concluso un contratto d'appalto con un imprenditore per la costruzione o la manutenzione di una qualche opera pubblica, trovandosi di fronte all'inadempimento di questi, vi reagisca ordinando al proprio procuratore fiscale di promuovere un'azione legale di fronte a sè medesimo per ottenere così una condanna della controparte ad adempiere, o a risarcire il danno. Come pure è comune il reciproco — che sia cioè l'appaltatore ad adire il *Tribunal* «tamquam tertius» per chiedere la declaratoria d'infondatezza di una qualunque pretesa derivante dal rapporto cui esso partecipa «tamquam pars» (261). E lo

---

sque, item viam publicam tuerentur; postremo ut ne in mancipiorum venditione et mensuris fraus admitteretur»: HOTMAN, *De magistratibus Romanorum*, cit., col. 245); anch'essi, però, successivamente si sarebbero arrogati stabilmente l'esercizio di funzioni autoritative (cfr. BODIN, *République*, L. III, cap. III, p. 401). Il 'modello', in questo modo, risultava pienamente conforme ad una realtà istituzionale moderna in cui assai di rado i magistrati addetti alla cura delle opere pubbliche vi provvedevano tramite mezzi materiali e finanziarii propri, ricorrendo viceversa per lo più all'imposizione di prestazioni coattive a carico dei sudditi.

(260) Sulla figura del «curator frumenti» e sulla sua funzione tipica («emere frumentum, et comparare») cfr. di nuovo AMAYA, *Commentarii*, cit., p. 212 ss. Nessun dubbio, peraltro, che a questo magistrato spetti ovunque «iustitiam ministrare in concernentibus res annonales, delinquentes plectere, poenasque infligere, et transgressores ordinum poenis adstringere»: ed a tal fine appunto «plenaria potestas, merum mixtumque imperium residet apud Praefectum annonae, qui circa exercentes et vendentes res annonales, et circa concernentia ubertatem et grassiam et gubernum eiusdem annonae amplissimam consequitur authoritatem» (FR. ROCCO, *De officiis eorumque regimine. Opus decisionibus supremorum magistratuum illustratum*, Neapoli, 1669, p. 520).

(261) Fattispecie procedimentali del genere sono facilmente rilevabili dall'esame dell'archivio di un qualunque magistrato 'amministrativo' di antico regime. Chi scrive, in particolare, ha potuto constatare quanto esse siano frequenti scorrendo i nutritissimi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stesso vale per i rapporti extracontrattuali, nell'ambito dei quali il magistrato fa valere i suoi diritti secondo modalità che in linea di principio non sono diverse da quelle di un privato, con l'unica, veramente decisiva particolarità che esso si costituisce attore o convenuto di fronte al suo foro interno e non a quello di diritto comune (262).

---

archivi di due tra i più importanti ed attivi magistrati 'edilizi' italiani del periodo — cioè i Capitani di Parte Guelfa e la Presidenza di Strade, rispettivamente operanti nel Granducato di Toscana e nello Stato pontificio (su di essi cfr. in breve U. DORINI, *Notizie storiche sulla Università della Parte Guelfa*, Firenze, 1902, e D. SINISI, *La Presidenza di Strade*, in *La reverenda Camera apostolica e i suoi archivi*, cit., p. 100 ss.). I processi in questione presentano un aspetto perfettamente omologo ad una qualunque vertenza civilistica — non potendo esser considerato eccezionale, rispetto ai principii generali dell'*ordo iuris*, il frequente impiego di provvedimenti di natura cautelare con cui il magistrato, in corso di causa o prima ancora del suo inizio, obbliga la controparte ad adempiere in attesa della sentenza definitiva: si tratta infatti, come vedremo, di strumenti di diritto processuale comune. In particolare, è normale che la causa si concluda con la condanna del magistrato e la vittoria del contraente privato. Il che risulta meno paradossale di quel che può sembrare ove si consideri la diversa composizione che il magistrato assume in sede stragiudiziale e in sede contenziosa (la Presidenza di Strade romana, per es., adotta i suoi più importanti atti 'economici' in forma collegiale, cioè in periodiche «congregazioni» cui partecipano il *Praeses Viarum* — cioè il chierico di Camera che dirige il magistrato —, quattro «maestri di strade», un Auditore legale, un Avvocato del fisco e un suo aiutante; mentre del contenzioso conosce il solo *Praeses*, che di norma ne delega la risoluzione all'Auditore. Così pure in Toscana il magistrato edilizio è costituito da un collegio di membri dell'aristocrazia locale che pur adottando formalmente tutti gli atti ad efficacia esterna, rimette la decisione del contenzioso ad un Auditore dal cui parere non si può discostare altro che quando vi riscontri vizi di forma.

(262) Oltre alle fattispecie che produrremo più oltre, cfr. intanto, per es., la descrizione offerta da Giulio Claro del procedimento seguito da un tipico amministratore fiscale d'antico regime (qual è il Magistrato straordinario milanese) per assolvere ad un altrettanto tipico compito di apparati del genere (la tutela, cioè, del patrimonio pubblico ad essi affidato). Non appena al magistrato giunge notizia di una usurpazione consumata da taluno ai danni di qualche bene o diritto fiscale, esso subito «cit[a] gli occupatori, e interessati nelle cose notificate ad allegare la causa perchè non si debbano ridurre le cose notificate alle mani della Camera, e se vi è pena, perchè non debbano essere condannati nella pena, e .... forma il debito processo. Statuiti i debiti termini, e perfetti li processi, si mandano alli Fiscali Regi, poi visti per loro, e fatte sopra cui le debite opposizioni, si mandano al Maestro Dottore..., il quale, visto che ha il processo, li fa sopra la debita considerazione e studio, poi lo riferisce in Magistrato, e si termina per giustizia la causa, e sopra quella si fanno le debite ordinazioni e sentenza...» (*Titolo del Magistrato straordinario*, cit., p. 233). Se poi «si tratta di pena» — cioè se l'usurpa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

L'attività di 'cura', quindi, anche quando si cumula con l'esercizio della giurisdizione, mantiene intatta la propria specificità: il che consente di individuarne abbastanza facilmente i tratti generali.

Nella sua essenza elementare essa non differisce dall'attività di rappresentanza giuridica di un soggetto di diritto comune, giacchè il fisco e le varie specie di *universitates* portatrici di interessi collettivi sono titolari di uno statuto tendenzialmente privatistico. Certo, si tratta di uno statuto di solito punteggiato da vari elementi di specialità — molto spiccati soprattutto nel caso del fisco, che già *ex iure communi* vanta la titolarità di un grosso fascio di privilegi (263) —. Il che non giunge mai ad attribuire, però, al semplice amministratore di un pubblico patrimonio una facoltà generale di modificare la posizione giuridica dei terzi contro il loro volere. Rispetto ad essi, egli occupa in principio la posizione di un qualunque privato.

Gestione, dunque, di beni e redditi pubblici: questo il significato proprio ed originario di espressioni quali 'cura', 'administratio', 'oeconomia' riferite a soggetti a rilevanza pubblicistica.

A ciò va subito aggiunto, però, che nel corso dell'età moderna uno dei concetti-termine appartenenti a quest'area — quello di 'administratio oeconomica' o di 'oeconomica' *tout court* — inizia

---

zione o l'abuso commesso in danno del patrimonio fiscale risulta penalmente sanzionato — «si procede anco criminalmente, con far detenere li rei, esaminargli, e formare li debiti processi offensivi, delli quali se ne dà poi copia alli rei, con il termine a fare le loro difese, e perfetti li processi offensivi, e defensivi, si mandano a uno delli Fiscali regi, che gli veda, e faccia le sue opposizioni», come nel rito civile, prima della pronuncia della sentenza (*ibidem*).

(263) Dalla facoltà, per es., di vendere bene, in certi casi, la cosa altrui come propria (conferitagli dalla *l. Bene a Zanone, C. De quadriennii praescriptione*, C. 7,37,3) all'ipoteca legale che vanta sui beni dei suoi debitori (attribuitagli, anche qui, da vari luoghi del Testo: C. 7,78,2, D. 49,14,46, § 3, ecc.); dal potere di procedere esecutivamente contro questi ultimi in certe ipotesi che vedremo più oltre, alla loro messa in mora di diritto per scadenza del termine ad adempiere, senza bisogno di apposita costituzione (sul punto la dottrina è concorde a partire dalla glossa: per tutti cfr. ancora PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, cit., L. VI, tit. VII, n. 1, p. 142); per non parlare dei molti diritti sostantivi speciali che gli spettano, quali la confisca dei beni dei condannati o l'incameramento di quelli vacanti (cfr. D. 49,14,1, C. 10,10,4 ecc.). Anche le *civitates*, comunque, risultano titolari di alcuni privilegi (quali quello di chiedere la *restitutio in integrum propter laesionem* da quei contratti la cui stipulazione si sia rivelata pregiudizievole per l'ente), derivanti per lo più dalla loro parificazione al 'pupillus' (C. 11,30,2, C. 2,53,4).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

gradualmente ad espandere la propria sfera di riferimento, colorandosi pian piano di forti venature autoritative. E ciò fino ad evocare adirittura, nel linguaggio di certa dottrina, una libera potestà di disporre dei diritti dei governati per mezzo di atti stragiudiziali privi di ogni formalità in quanto non diretti alla dichiarazione di ciò che è diritto, ma alla pura e semplice «praeventio periculorum». La «oeconomica coercitio» diventa infatti, secondo taluno, una vera e propria funzione d'imperio che «non enim criminum punitionem, sed praeservationem continet, ad quam non plena est necessaria probatio, sed suspicio. Non iudicialis citatio, sed viae facti executio. Atque ita plura quae contentiosa iurisdictione iniusta forent; potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequissime imo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt» (264).

Tale evoluzione semantica del lessema, in apparenza davvero sorprendente, trova la propria spiegazione in quella diffusa ideologia cinque-secentesca secondo la quale il sovrano, «tamquam Reipublicae caput et parens», non deve limitarsi all'esercizio del tradizionale potere pubblico — che è e resta 'iurisdictio' — ma è legittimato pure ad assumere, nei confronti dei suoi sudditi, attitudini e vocazioni proprie del *paterfamilias* (265). Come quest'ultimo, in particolare,

---

(264) Così il giurista aragonese C. Crespi De Valdaura, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Regni Aragonum Consilii*, Lugduni, 1662, *Observatio III, De usu et exercitio oeconomicae et politicae potestatis*, p. 70 ss. Si tratta di una delle non molte trattazioni specificamente dedicate al concetto che qui ci interessa nell'ambito della letteratura del tardo diritto comune (per quanto, in effetti, la nozione di 'oeconomica' sia molto familiare alla trattatistica politica e risulti assai ampiamente recepita nel linguaggio della prassi amministrativa della piena età moderna, essa resta sempre ai margini dell'attenzione dei giuristi proprio in quanto appartenente ad un settore disciplinare per definizione *diverso* dalla 'iuris-prudentia', qual è — nella classificazione aristotelica delle categorie della filosofia pratica — quello del governo della casa e della prudenza domestica).

(265) Tale omologazione del principe al padre si trova continuamente ribadita nella produzione 'politologica' e precettistica del Seicento: da Montchrétien (A. De Montchrétien, *Traicté de l'oeconomie politique*, Rouen, 1615, su cui cfr. ora G. Brazzini, *Dall'economia aristotelica all'economia politica. Saggio sul 'Traicté' di Montchrétien*, Pisa, 1988), che ne deriva la esistenza di una «mesnagerie publique» perfettamente speculare a quella privata, a Frigerio (B. Frigerio, *L'economo prudente... Nel quale... si mostra l'arte infallibile d'acquistare e conservar la robba e la riputatione d'una famiglia e d'una Corte*, Roma, 1629); da Fragoso (*Regimen Reipublicae Christianae*, cit. che, richiamandosi ad Aristotele, classifica le *species* dell''oeconomica' in 'regia', 'praefectoria', 'politica' e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non si limita a conservare e ad amministrare il patrimonio domestico, ma provvede pure ai bisogni dei soggetti più deboli sottoposti alla sua tutela; così anche al principe non spetta solo di gestire la ricchezza della grande famiglia statale (cioè il suo *fiscus*), ma anche «haec cura, et auctoritas oeconomica dandi nempe curatores, vel administratores iis omnibus qui suis negotiis, aut rebus interesse non valent» (266).

I destinatarii di tali paterne attenzioni possono essere, a seconda dei casi, i più varii. Più o meno ovunque tra essi spiccano le persone giuridiche pubbliche ed i centri d'imputazione d'interessi collettivi in genere («Civitates, Respublicae, Municipia, Opera, Universitates, Viae, Piae operae et huiusmodi») (267), che già la dottrina medievale tendeva ad equiparare ad incapaci per le difficoltà che incontrano a formare ed a manifestare il loro volere rispetto ad una persona fisica (268). Tali soggetti sono perciò sottoposti alla tutela di appositi magistrati (in Italia si pensi ad es. alla Congregazione *Boni Regiminis*

'privata': Intr., § 1, p. 5) a De Luca (G.B. De Luca, *Il Principe Cristiano pratico*, Roma, 1680, ove si sostiene che l'«arte politica» costituisce la «regola di ogni buono e savio governo, sì pubblico come privato»: p. 66). Per una riflessione generale sul significato di questa letteratura cfr. soprattutto D. Frigo, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell''economica' tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985; Id., *La dimensione amministrativa nella riflessione politica (secoli XVI-XVII)*, in AA.VV., *L'amministrazione nella storia moderna*, cit., p. 21 ss.; Id., *'Disciplina rei familiaris': l''oeconomica' come modello amministrativo d'ancien régime*, in corso di pubblicazione sulla rivista *Penelope* (in trad. portoghese), nonchè Hespanha, *Justiça e administraçao*, cit., pp. 140-144.

(266) Così si esprime Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi — il celebre giurista settecentesco autore dei *Discursus legales de commercio* — nella motivazione di una sentenza da lui redatta in qualità di uditore della Rota senese nel 1717 (già utilizzata da chi scrive in *L'amministrazione del territorio nella Toscana Granducale*, cit., pp. 53-54, e sulla quale ha soffermato poi la sua attenzione anche Gorla, *Appunti sui «Tribunalia» o «Magistratus»*, cit., p. 10), in *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, 1ª serie, t. V, p. 243.

(267) *Ibidem*.

(268) Basti rinviare ancora a Loseo, *De iure universitatum*, cit., pars. I, cap. III, pp. 51-52, che riassume, sul punto, il pensiero giuridico precedente. Gli stessi amministratori elettivi delle città, in effetti, più che essere presentati come 'organi' della *civitas* (concetto che non riusciva familiare alla dottrina intermedia) erano piuttosto qualificati frequentemente come i suoi tutori, consentendo così di applicare ad essi le norme vigenti per questi ultimi in materia di responsabilità e di limiti ai poteri di rappresentanza.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dello Stato della Chiesa (269), ai Nove Conservatori del Granducato di Toscana (270), al Magistrato delle Comunità della Repubblica di Genova) (271), ai quali viene riconosciuta una «administratio cum libera» degli interessi civici che consente loro di «alienare, contrahere, permutare, transigere» in nome e per conto delle comunità anche «sine ullo consensu» da parte di esse (272), limitando così drasticamente il ruolo degli amministratori locali. Sotto le spoglie dell''oeconomica' prende così forma, innanzitutto, una delle attività più caratteristiche dello Stato moderno rispetto agli ordinamenti precedenti, qual è appunto il controllo 'tutorio' del centro sulla periferia.

---

(269) Istituita da Clemente VIII nel 1592 (sulla quale cfr. E. LODOLINI, *L'Archivio della Sacra Congregazione del Buon Governo*, Roma, 1956).

(270) Magistratura organizzata nella sua forma definitiva da Cosimo I nel 1550, ma già preesistente, sotto diverso nome, a partire dal 1420.

Sulle sue competenze cfr. E. FASANO GUARINI, *Potere centrale e comunità soggette nel Granducato di Cosimo I*, in *Rivista storica italiana*, LXXXIX (1977), pp. 490-498, nonchè MANNORI, *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale*, cit., p. 27 ss.

(271) Costituito solo nel 1623, nel quadro di una assai tarda ricomposizione della Repubblica nella forma di uno Stato territoriale, e seguendo i modelli già operanti in altri Stati (G. ASSERETO, *Dall'amministrazione patrizia all'amministrazione moderna: Genova*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, cit., vol. I, p. 111 ss.). La lista delle magistrature ascrivibili alla tipologia descritta potrebbe comunque continuare a lungo. Nel Regno di Napoli, per es., le funzioni ora richiamate sono assolte, cumulandole a quelle dell'amministrazione 'fiscale', dalla Camera della Sommaria: ove, in effetti, «agitur de rebus omnibus ad Universitatum Regni patrimonium pertinentibus», non potendo le comunità «se congregare, nec detinere consilium pro imponendis gabellis, vel alio quocumque negotio, nec eo congregato illud exequi, nisi habita a Prorege et eodem Tribunali licentia, et confirmatione» (MASTRILLO, *De magistratibus*, cit., L. V, cap. IX, n. 84, p. 304). Mentre nello Stato di Milano una certa attività tutoria era espletata dal Magistrato dei redditti straordinari (anche se, come ricorda Pompeo Neri in un testo famoso, a partire dal 1611 si rinunciò ad imporre alle comunità l'obbligo di ottenere l'autorizzazione preventiva per le spese straordinarie: obbligo che fu reintrodotto solo con le riforme teresiane): VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 248 e 251 ss.

(272) «... et omnia facere ... quae principalis agere posset, licet mandatum speciale exigerent... vel omnia quae bonus, ac vir prudens ageret ad consulendum negotiis suis» (così ancora il nostro Casaregi, dec. cit., p. 243-44, con specifico riferimento alla potestà del magistrato dei Quattro Conservatori di Siena, che era il 'gemello' perfetto del magistrato dei Nove di Firenze nell'ambito del c.d. 'Stato Nuovo'. Nella specie, si trattava di accertare la validità di un contratto enfiteutico avente ad oggetto beni comunitativi che il magistrato aveva stipulato senza neppur sentire la comunità interessata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oltre alle città, la lista delle persone assoggettabili al potere 'domestico' può poi comprendere gli appartenenti a strati marginali della società (vagabondi, oziosi, prostitute e simili), che per la loro stessa condizione restano fuori dal governo giuridico vero e proprio (273); ed infine tutti coloro che per qualche motivo non risultano raggiungibili tramite l'ordinaria 'potestas publica' (così tipicamente i chierici, che essendo sottratti alla giurisdizione temporale grazie ai loro privilegi di foro possono essere coerciti solo ricorrendo ad una 'auctoritas' di diversa natura) (274).

Diretta più a prevenire che a reprimere, esentata per definizione dalla osservanza dei principii dell'*ordo iuris*, e sorretta da un'ideologia non giustiziale, ma paternalistica, la 'potestas oeconomica' rivela evidentemente parecchi caratteri che saranno poi tipici della futura funzione amministrativa. Osservazione che, nell'esperienza italiana, trova conforto anche sul piano storico-linguistico. Nel senso che quando, a partire dalla fine del Settecento, pure da noi si produrrà una separazione precisa tra autorità giudiziarie ed amministrative, espressioni quali 'provvisione' o 'autorità economica' assumeranno per i giuristi un significato quasi del tutto fungibile rispetto a quel che oggi s'intende con 'provvedimento' o 'potere amministrativo' (275): dimostrando in modo palmare come la nuova

(273) Tali, tipicamente, i destinatarii delle 'pene economiche' nella Toscana settecentesca studiata ora da C. MANGIO, *La polizia toscana*, cit., pp. 19-20, 30-31.

(274) È soprattutto con riferimento al problema del disciplinamento degli ecclesiastici che i giuristi sviluppano la teoria di una 'economica' in senso 'forte', come quella svolta da Crespi di Valdaura nel luogo più sopra citato. Dal principio della coercizione 'paterna' e 'medicinalis', infatti, «derivatur ut qui alias Iurisdictioni non subest, ut Clericus, qui omnino exemptus est, hac oeconomica potestate, per regios officiales, si pacem publicam turbet, poterit cum honore a Regno expelli» (*De usu et exercitio*, cit., n. 17, p. 73), così come il padre di famiglia può bene cacciare dalla propria casa un qualunque ospite indesiderato, anche senza giusta causa. La conclusione è condivisa da buona parte della dottrina coeva (cfr. per es. F. SALGADO DE SOMOZA, *Tractatus de regia protectione*, Luduni, 1627, pars I, cap. II, n. 279, o G. PEREIRA DE CASTRO, *Tractatus de manu regia* (1622), Lugduni, 1673, cap. VI, p. 30), ancorchè da altri apertamente contestata (così da A. DIANA, *Tractatus de immunitate ecclesiastica*, in ID., *Resolutiones morales*, Lugduni, 1634, pars I, resol. 17, pp. 23-24, che arriva a qualificare come assolutamente «chimerica» la stessa distinzione tra 'iurisdictio' da un lato e 'oeconomia' o 'protectio' dall'altro).

(275) Così, per es. nella Toscana di Pietro Leopoldo: ove tra il 1777 e il 1786

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

funzione non si sviluppi dal fianco della antica 'potestas publica', ma tragga origine da quella 'potestas privata' che il principe ha mutuato dalla sfera del governo della famiglia.

Ciò rilevato, si deve però aggiungere che fino alle grandi riforme tardo-settecentesche, nell'esperienza italiana il termine 'economica' continua a richiamare in genere un'attività di semplice gestione patrimoniale, conformemente alla sua accezione originaria (276).

---

quella capacità di procedere «in via economica» alla repressione dei reati minori prima spettante a tutte le magistrature dello Stato viene assegnata in via (tendenzialmente) esclusiva a funzionari di polizia facenti capo alla «Presidenza del buon governo», sorta di rudimentale ministero dell'interno (sul punto cfr. ampiamente MANGIO, *La polizia toscana, passim*). La «potestà economica» viene quindi a coincidere con un potere coercitivo che oggi diremmo di 'pubblica sicurezza' (così in sostanza L. GALEOTTI, *Delle leggi e dell'amministrazione della Toscana. Della Consulta di Stato. Discorsi due*, Firenze, 1847, pp. 29-30, citato da Carlo Mangio alla p. 17 del suo lavoro). E si pensi ancora al testo con cui la cancelleria di Giuseppe II, nel varare la grande riforma lombarda del 1786, istitutiva di una vera e propria amministrazione centralizzata, circoscrive correlativamente la competenza giudiziaria sugli atti da essa emanati: «saranno pure eccettuate dal foro contenzioso tutte quelle vertenze e questioni che potranno emergere dall'esercizio regolativo e coattivo delle facoltà *economiche*, che saranno attribuite nel nuovo sistema generale della pubblica amministrazione al Consiglio Governativo, alla Direzione delle Regie Finanze ed agli intendenti, o siano capi politici delle provincie oppure agli uffici dipendenti dalle ora dette superiorità» (il testo del dispaccio, qui citato all'art. 18, è riprodotto in VISCONTI, *La pubblica amministrazione*, cit., n. 72). Alla fine del Settecento è ormai acquisito che le «provvidenze economiche» sono gli atti tipici delle pubbliche amministrazioni, individuati da caratteri quali la finalizzazione alla «effezione del pubblico bisogno», la inidoneità a «fare stato nei confronti del privato interesse» (proprio per la loro natura non-giurisdizionale), la esecutorietà immediata anche in costanza di opposizione giudiziale, e naturalmente la non-necessità di un contraddittorio preventivo per la loro emanazione (così, per es., la «Legge normale di Polizia» 10 vendemmiaio anno VI della Repubblica Cisalpina e poi del Regno d'Italia, in *Raccolta di tutte le Leggi, proclami, ec. emanati in Milano dall'ingresso de' francesi fino al giorno dell'installamento del Corpo legislativo della Repubblica Cisalpina*, s.d., vol. V, Appendice).

(276) Che è poi quella già offerta nel secondo libro degli *Economici* attribuiti ad Aristotele, ove si tratta appunto delle diverse tecniche adottabili dai governanti della *polis* per procurarsi danaro (gli autori francesi del Cinquecento già parlano, a questo proposito, di una «oeconomia publica» o «dispensatio civilis»: BRAZZINI, *Dall'economia aristotelica*, cit., pp. 23-26). Nel linguaggio della prassi, in particolare, si vede solitamente identificata l'«economia' con la gestione di una «Azzienda» pubblica o con l'«amministrazione di un patrimonio» fiscale (così, per es., una celebre relazione di Pompeo Neri sul governo delle acque e dei lavori pubblici nel pisano, agli inizi degli anni Quaranta del Settecento: MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., pp. 169-171).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tutt'al più, sotto al governo economico cadono le persone in istato di soggezione speciale di cui si è detto: mentre il comune suddito, nonostante il progressivo allargamento subìto dalla 'casa' del principe, continua di regola a collocarsi al di fuori delle sue mura, conservando rispetto ad essa la posizione di un terzo. E se ciò non vale, certo, a porlo al riparo dalle 'lettres de cachet' del suo sovrano, esclude però che gli apparati subordinati possano esercitare nei suoi confronti una ordinaria capacità coercitiva del tipo evocato. Subito fuori dalla 'domus' del monarca, il potere paterno deve cedere a quello pubblico e 'legittimo', il curatore fare strada al magistrato, e la promozione dell'interesse collettivo calarsi necessariamente entro le sponde della funzione giurisdizionale.

In che modo? Vediamo.

11. Per procedere con un minimo di ordine nella nostra esplorazione, proviamo ad esaminare il contenuto dell'attività 'giurisdizionale' dei nostri apparati secondo la diversa efficacia che gli atti correlativi dispiegano nei confronti dei loro rispettivi destinatari — in ciò conformandoci, del resto, allo schema classificatorio più frequentemente seguito dalla dottrina. In tale prospettiva, si individuano così tre fondamentali tipologie di atti di pubblico potere: quelli normativi o 'edittali', a fattispecie astratta e a contenuto generale; quelli c.d. di 'volontaria giurisdizione' («qui redduntur inter volentes tantum»), a fattispecie concreta ed a contenuto costitutivo di una situazione di vantaggio per il suddito che ne abbia fatto richiesta (concettualmente comprensivi degli attuali provvedimenti d'amministrazione a carattere concessorio od autorizzatorio); e quelli di 'giurisdizione contenziosa' («qui redduntur in invitos»), a fattispecie concreta e diretti a relizzare una situazione svantaggiosa per il destinatario (nell'ambito dei quali si possono collocare gli antesignani degli attuali provvedimenti conformativi ed 'ablatori').

Circa la prima delle tre categorie indicate, già qualcosa si è detto ricordando la presentazione del concetto di 'police' offerta dalla giuspubblicistica francese; e sottolineando in particolare come nella prospettiva aperta dai culti — e poi sviluppata da Loyseau con riferimento al *droit français* — la facoltà normativa del magistrato tenda ad autonomizzarsi dalla sua capacità di giudicare, venendo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ricondotta ad una potestà para-legislativa (sebbene anche in seguito potere regolamentare e giudiziario risultino male scorporabili sotto il profilo organico, in quanto ritenuti funzionalmente complementari).

Generalmente diversa è la presentazione che di questa specie di atti viene offerta dalla coeva dottrina di 'mos italicus'. La quale, pur mostrandosi ben consapevole del rilievo assunto dall'attività edicente nello Stato moderno, non rinuncia a configurarla ancora come un segmento della funzione giudicante; mantenendosi in ciò fedele ad un modello esplicativo di origine basso medievale riassumibile a sua volta nel modo seguente.

Come si sa, i giuristi del Commento avevano tendenzialmente riservato la capacità statutaria a chi fosse titolare di una 'iurisdictio' *nomine proprio* — cioè (oltre che al principe) alle collettività organizzate («populi» e «collegia») ed ai feudatari —; negando viceversa che il semplice 'iudex', chiamato ad esercitare la funzione in nome altrui e solo per un periodo limitato, potesse arrogarsi una consimile facoltà (277). Ciò premesso, Bartolo non aveva però esitato a riconoscere al 'potestas' e al 'rector civitatis' un amplissimo diritto a «facere ordinationem sive legem pro toto suo tempore spectantem ad exigentiam factorum, quod nullus extrahat frumentum de civitate, vel portet arma, vel nullus vadat ad salarium vel stipendium, vel de nocte, et similia», richiamandosi all'*exemplum* del *Praefectus*

(277) Così in sostanza BARTOLO, *in l. Omnes populi, ff. De iustitia et iure*, n. 8. Tra gli «iudices», infatti, hanno la facoltà statutaria sia i «maiores iudices, ut senatores, et praetores, praefecti praetorio qui aequiparantur regibus, qui sunt hodie per mundum», sia coloro che, pur non trovandosi «in tanta dignitate», tuttavia «habent dignitatem perpetuam, seu ad vitam, ut Comites et Marchiones in eorum terris, et episcopi in eorum diocesibus». Se invece «quaeris de iudicibus habentibus iurisdictionem temporalem, ut potestates et rectores terrarum», costoro «aut volunt facere statutum seu constitutiones convocato consilio, et proceribus civitatis, et possunt... Aut vult facere ipse solus, et non potest...».

Analoghe argomentazioni nel commento alla *l. Hoc edictum, ff. Quod quisque iuris* (D. 2,2,1), nn. 1-2. L'impostazione sembra accolta dalla generalità della successiva commentaristica a D. 1,1,9: cfr. per es. GIASON DEL MAINO, *in l. Omnes populi*, cit., n. 43; RANIERO DA FORLÌ, *in l. Omnes populi* (in *Repetitiones seu commentaria,*, cit., vol. I, *Ad Digetum vetus*, f. 63 ss.), nn. 31-32; G.B. DA SANSEVERINO, *in l. Omnes populi* (ancora in *Repetitiones seu commentaria*, vol. I, f. 75 v. ss., nn. 24-27).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

urbi (278). Attraverso questa esemplificazione, così, veniva già individuato un potere normativo 'minore', ben distinto non solo dalla facoltà legislativa del principe, ma anche dalla potestà statutaria dei corpi intermedi, e tipico invece degli apparati giudicanti. Potere del resto considerevole, se attraverso il suo esercizio era ammessa addirittura la modifica dell'entità di una pena legale «secundum varietatem temporum, personarum et locorum» (279).

Seguendo indicazioni di questo tipo, la dottrina successiva continuerà da un lato a vedere in ogni magistrato il naturale titolare di un proprio *ius edicendi*, e dall'altro a ribadire il carattere strumentale di tale capacità rispetto alla sua funzione giustiziale. In particolare, tutti i *doctores* concordano nel riconoscere che lo 'statuto' magistratuale, oltre a dover essere fondato su di una «iuxta causa» e a non poter concernere materie estranee all'ufficio del suo autore, ha natura necessariamente «temporalis» (280). Appunto perchè emanato, infatti, «ex consequentia eius iurisdictionis», esso non può produrre effetti oltre la scadenza del mandato del magistrato — sia che questo mandato corrisponda ad un termine legalmente prefinito (come accade per tutte le magistrature cittadine), sia che venga conferito «ad vitam» (come nel caso dei feudatarii e dei titolari di uffici venali, i cui bandi perdono efficacia al momento della loro morte) (281) —. La ragione teorica di questo comportamento — si precisa ancora — risiede nel fatto che tutte le prescrizioni dei giudici «aut emanarunt cum causae cognitione, ut per sententiam diffinitivam, et sunt perpetuae, aut per interlocutoriam, et durant eatenus quatenus durant eorum officia... Ergo in proposito talia proclamata prout emanata sine causae cognitione

(278) *Ibidem*: il riferimento è a D. 1,12,1 (*l. Omnia, ff. De officio Praefecti urbi*) in cui si elencano le varie competenze regolamentari di questo magistrato in materia di annona, di spettacoli, di ordine pubblico eccetera.

(279) *Ibidem*, n. 11, pur dissociandosi dall'opinione di chi ritiene legittima anche la previsione edittale di una nuova fattispecie criminosa non prevista «a iure, vel statuto».

(280) Così almeno quando la «bannitio» non «procedat a lege vel consuetudine», ma sia emanata «sine speciali ordinatione legis» (secondo una distinzione frequentemente richiamata che si fa risalire al commento baldiano della *l. Qui deportantur, C. De haeredibus instituendis* (C. 6,24,1): vd. per tutti G.B. Asinio, *De exequutionibus tractatus*, Venetiis, 1589, cap. 47, n. 3, f. 154 r.).

(281) Così appunto Asinio nel loc. ult. cit., a proposito di un editto marchionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

... non debent durare ultra vitam ipsorum magistratuum tamquam interlocutoria, et comminationes» (282). Privo della forza di regiudicata, il comando edittale non si distingue in niente da quelle ingiunzioni che il giudice emana a scopo di polizia processuale («naturam mulctae habet», scrive eloquentemente Baldo) (283), al pari di queste si fonda soltanto sulla volontà attuale della persona da cui promana e non può conservare la propria vigenza oltre l'estinguersi di essa.

Questa presentazione — per quanto da taluno rettificata nell'ambito di un definitivo superamento della vecchia teoria bartoliana che collegava la 'potestas statuendi' delle *civitates* e del principe alla titolarità di 'iurisdictio' (284) — continua ad essere sostanzialmente

---

(282) Così, ad es., il giureconsulto senese Giovanni Maria Riminaldi (1434-1497) in un suo *consilium* (G.M. e Iac. Riminaldi, *Consiliorum sive responsorum iuris volumina*, vol. I, Venetiis, 1576, cons. 11, n. 18, f. 11 r.).

La distinzione sembra risalire, ancora una volta, a Bartolo (*in l. Imperator, ff. De poenis* (D. 48, 20,43), che per stabilire l'efficacia dell'atto magistratuale inibitorio dell'esercizio di una professione distingue appunto a seconda che il giudice «interdicat alicui artem suam solemniter lite contestata, et ex causa cognita, et data sententia diffinitiva» (nel qual caso il divieto è perpetuo), oppure «simpliciter interloquendo», anche in forma generale (nel qual caso si tratta di un atto sempre revocabile e non capace di produrre effetti «ultra tempus suae iurisdictionis»): sul punto cfr. anche le *annotationes* di Alessandro Tartagni al luogo bartoliano citato.

(283) Cfr. ancora *in l. Qui deportantur*, cit., n. 14.

(284) Pensiamo soprattutto ad alcune non banali pagine di Giovanni Bolognetti (sul cui sistema generale cfr. *retro*, n. 126). Il quale, dopo aver rilevato (giusta il diffuso orientamento richiamato alla nota 66) che la «potestas statutaria» non ha niente a che vedere con il potere di giudicare (prova ne sia che molti 'populi' sudditi «non possunt iudicare de uno obolo... et tamen possunt facere statuta»: *in l. Imperium*, n. 68), ne trae la conseguenza che l'autorità normativa viene assegnata agli 'inferiores' «ex alio fonte» rispetto a quello da cui promana la «iurisdictio iudiciaria». Mentre quest'ultima sarebbe attribuita di diritto ai magistrati dalle norme del titolo «De iurisdictione», la prima è assegnata invece a tutti gli enti territoriali indistintamente dalla *l. Omnes populi*, nonchè a tutti i giudici, sotto forma di potere edicente, dalla *l. Hoc edictum* del titolo *Quod quisque iuris* del Digesto (D. 2,2,1), che effettivamente abilita il magistrato alla produzione di un «novum ius» e ne disciplina la responsabilità (così nel commento bolognettiano alla rubr. *Quod quisque iuris*, n. 29: ove si giustifica pure tale potere magistratuale rilevando che in ogni rapporto di mandato — com'è quello tra il principe e il suo delegato — il mandatario è ammesso a derogare alla volontà espressa del committente — contenuta nel nostro caso nella *lex* — quando ricorra una giusta causa da questi ignorata).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

condivisa anche nel corso dell'età moderna. La capacità edicente, cioè, resta quella «quae venit propter authoritatem iudiciariam», e risulta attribuita «*ipsis iudicibus* ut possint providere in illis casibus occurrentibus statuendo ius quoddam locale et temporale *pro modo iurisdictionis*» (285).

Ed è appunto mantenendo ferme queste premesse che la dottrina del tardo diritto comune sviluppa una forte attenzione in ordine alla potestà regolamentare degli apparati, in parallelo ad una prassi di governo in cui le 'grida' magistratuali costituiscono una fonte giuridica sempre più significativa.

Sfogliamo, per esempio, l'opera forse più citata in materia fino alla fine dell'antico regime — il trattato «De magistratuum edictis» pubblicato nel 1620 da Camillo Borrelli (286) —. Il contenuto del libro è, materialmente, quasi identico a quello della trattatistica transalpina in materia di 'polizia' — salvo il fatto che l'oggetto della trattazione è costituito dal diritto comune e non da quel diritto positivo di fonte regia che più tardi riempirà di sè le pagine dei *Dictionnaires de police* (287). Nei suoi capitoli troviamo minutamente descritte tutte le principali tipologie delle norme regolamentari solitamente prodotte dagli apparati d'antico regime, ripartite per materia (editti sul rispetto della divinità e sul culto, sull'ordine pubblico, sugli spettacoli, sull'igiene pubblica, sull'annona, sui costumi, sul vagabondaggio, sulle armi, sui pesi e sulle misure e così via). Per ciascuna di esse si indicano quali sono le facoltà normative che il diritto comune riconosce ai magistrati, discutendone i limiti sia rispetto alla potestà del principe che ai diritti dei sudditi. Un testo già sufficiente a segnalarci con quanta sensibilità la nostra dottrina stia seguendo le nuove vocazioni 'amministrative' dello Stato asso-

(285) Così ancora BOLOGNETTI, *in l. Omnes populi*, nn. 63 e 61 (il corsivo è nostro).

(286) Camillo Borrelli (o Borrello), nativo di Oliveto Citra (presso Eboli), risulta attivo a partire dall'inizio dell'ultimo quarto del Cinquecento (di lui si ricordano soprattutto i *Commentaria super pragmaticis Regi Ferdinandi* del 1574 ed una *Summa decisionum* che conobbe due edizioni, l'ultima delle quali nel 1623).

(287) Il testo, in particolare, risulta articolato in quattro libri: il primo dedicato alla figura del magistrato e ai suoi doveri, il secondo al fondamento ed ai limiti del potere edittale, nonchè ai requisiti generali e formali dell'*edictum*, il terzo alle varie materie su cui si esercita la potestà edicente ed il quarto infine (che è in realtà una prosecuzione tematica del terzo) agli editti in materia di regalìe.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

luto. Quel che in esso si trova di veramente peculiare rispetto al pensiero francese coevo e successivo è appunto una diversa costruzione dogmatica del potere di regolamentazione subordinata, che viene definito — attraverso l'immancabile richiamo al modello classico — come strettamente interdipendente rispetto al potere di giudicare.

Discostandosi infatti da quella che è ormai la 'communis opinio' della dottrina umanistica, Borrelli rileva che il *Praetor* romano era e restò sempre, nella sua essenza, un giudice (288). La circostanza stessa che egli si limitasse spesso a fissare la formula e a rinviare le parti davanti ad uno 'iudex' privato dipendeva solo dalla «causarum multitudo» che gli impediva di giudicare personalmente su tutto, ma non dalla titolarità di un qualche ruolo diverso da parte sua (289). Ecco che, per quanto ci si riferisca correntemente all'editto come ad una «lex a Magistratu, potestatem habente, publicata, aliquid pro tempore mandans» (290), a voler essere davvero precisi «praetores ... quamquam condendae legis potestatem non habe[bant]. Potestatem tamen habebant adiuvandi, supplendi aut corrigendi ius civile ... in his, quae forte nimiam duritiam continerent» (291), conformemente a quella loro vocazione giusdicente che li abilitava non solo a «ius dicere», ma pure ad «aequitatem statuere».

Analogamente, anche tutti i magistrati attuali, succeduti ai pretori romani nelle loro funzioni, all'atto dell'assunzione dell'ufficio pubblicano degli editti — per lo più penali: «quo actu pleni-

---

(288) *De magistratuum edictis*, Venetiis, 1620, L. I, cap. XVII, nn. 21-25, f. 53 v., in polemica diretta con Iacopo Menochio che, riferendo l'orientamento senza'altro prevalente tra i culti, aveva negato che il *Praetor* «regulariter» giudicasse personalmente, ritenendo che la sua funzione istituzionale consistesse invece nella «iudicis datio» (IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et caussis*, Florentiae, 1572, L. I, q. 2, nn. 7-9, f. 3 r. e v.).

(289) *De magistratuum edictis*, loc. cit., n. 26: infatti «proprium tamen [eius] munus erat iudicare, quia cum diceret ius, nil aliud erat, nisi ius reddere»; come viene del resto comprovato, secondo Borrelli, dalla definizione stessa di «iurisdictio», che resta sempre, per lui, quella bartoliana di una «potestas de publico introducta, cum iuris dicendi, et aequitatis statuendae necessitate» (n. 27).

(290) *Ibidem*, n. 13.

(291) *Ibidem*, n. 32, f. 54 r.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tudo iurisdictionis monstratur» — con cui «adiuvare po[ssunt] legem antiquam, addendo novam poenam... Supple[unt] casus relictos a lege, de quibus si legislator interrogatus extitisset, idem statuisset... Corrig[unt] autem vel mitigando, aut ex causa maiorem vel alteram poenam statuendo» (292). Con ciò, essi si limitano a precisare e a render note a tutti, rinnovandole periodicamente, le disposizioni secondo le quali giudicheranno nel corso del loro mandato (292-*bis*); senza con questo esser legittimati veramente alla produzione di norme *contra ius*, che i destinatarii possono sempre impugnare di fronte al 'superior' (293).

Di qui l'attenzione costante della dottrina per il tema dei limiti generali della potestà edittale. Limiti che se non vengono individuati proprio nel diritto comune positivo (che il magistrato può anche «corrigere» ed attualizzare), sono però rappresentati da quel grosso nocciolo indisponibile del *Corpus iuris* costituito dal diritto naturale e divino (294) (mentre, si noti, secondo Loyseau i regolamenti del magistrato subalterno francese dovevano essere soltanto «non repugnans aux Loix du Prince») (295).

Così — per ricordare solo qualche caso dei più controversi — si discute a non finire sulla validità di quei bandi con cui il magistrato 'fiscale' ingiunge a chiunque abbia interesse di produrre il titolo dei suoi eventuali diritti contro il regio fisco a termini di decadenza: giacchè in tal modo — notano i dottori — viene introdotta una deroga secca ai principii generali circa l'onere della prova (296).

---

(292) *Ibidem*, nn. 44-48, f. 54 v.

(292-*bis*) E questo è così vero che le norme edittali non sono efficaci, per la loro stessa natura, nei confronti di chi non sia giustiziabile dal magistrato — come per es. le «personae ecclesiasticae» da parte del giudice laico: *ibidem*, L. II, cap. IX, nn. 9-13, f. 91 r.

(293) *De magistratuum edictis*, L. II, cap. II, n. 102, f. 61 r. La generale ricorribilità dell'*edictum* è un dato comunemente acquisito da tutta la dottrina precedente (cfr. riassuntivamente ancora BOLOGNETTI, *in rubr. Quod quisque iuris*, n. 26).

(294) *De magistratuum edictis*, L. II, cap. I, *passim*. Un nucleo di norme, questo, che è del resto comunemente ritenuto inderogabile anche da parte del principe stesso.

(295) *Traité des Seigneuries*, cit., chap. IX, p. 89.

(296) Cfr. ad es. S. GUAZZINI, *De confiscatione bonorum* (1611), Maceratae, 1658, concl. XVII, nn. 1-7, p. 101, e S. MASSINO, *Practicarum quaestionum de confiscatione semicenturia*, Maceratae, 1658, q.. 31, nn. 26-33, pp. 232-33. L'opinione della dottrina è che simili atti hanno un valore effettivamente preclusivo solo se esiste una previsione

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Oppure si dibatte lungamente se il magistrato possa o non possa limitare la circolazione delle merci all'interno della sua giurisdizione, visto che «de iure autem communi potest fieri asportatio de loco ad locum» (297); o comprimere quel diritto di caccia che i Digesti sembrano a tutti riconoscere (298); o impedire ai sudditi la «domicilii mutatio», annoverata dal diritto comune tra le loro normali facoltà (299), e così via.

D'altra parte, però, proprio la stretta contiguità tra potere giudicante e potere normativo impedisce di applicare all'esercizio di quest'ultimo il principio di una vera tipicità. Il carattere esplicitamente strumentale dell'«edicere» rispetto allo «ius dicentis officium», nell'atto stesso in cui nega al magistrato la possibilità di «facere edicta repugnantia iuri communi», solleva però il giudice dall'onere di esibire uno specifico testo di autorizzazione ogni volta che egli intenda disciplinare una materia su cui già esercita la sua giurisdizione. Proprio il suo presentarsi come mezzo di attuazione del diritto esclude che l'*edictum* possa esser predeterminato nei suoi contenuti e nei suoi presupposti. Mentre la stessa, pretesa inderogabilità delle norme dei Digesti — per parte loro più sollecite a consentire forti compressioni delle 'libertà' dei sudditi che a garantirne la sostanza — non costituisce certo un argine robusto dietro al

---

statutaria generale che li autorizzi, mentre «deficiente statuto» e «de solo praecepto iudicis» essi risultano privi di efficacia, «quia diffamatione cessante Iudex neminem potest invitum compellere ad agendum, nec facere quod praescriptio currat minori tempore, quam fuerit a lege diffinitum, et ideo quod non est illi directe permissum, non poterit facere indirecte per proclamata» (loc. ult. cit., n. 30).

(297) Così ancora il nostro Borrelli (*De magistratuum edictis*, L. III, cap. XIV, n. 5, f. 124 v.), ma sul punto esiste da sempre una letteratura considerevole (cfr. per tutti J. CANCER, *Variarum resolutiones iuris Caesarei et Pontifici Principatus Cataloniae tractatus* (1618), Neapoli 1717, vol. II, Pars III, cap. XIII, n. 255, p. 244, con ampi riferimenti alla riflessione precedente, a partire da Baldo).

(298) In quanto appunto la selvaggina si qualifica come «res nullius» ed è suscettibile di acquisto per occupazione da parte di chiunque (la galleria delle *auctoritates* favorevoli a tale tesi è ancora citata da BORRELLI, *De magistratuum edictis*, L. IV, cap. II, nn. 1-6).

(299) Essa si ritiene in effetti codificata da alcune leggi del titolo *Ad municipalem et de incolis* del Digesto (D. 50,1,3, D. 50,1,4, D. 50,1,31) che riconoscono il diritto del *civis* a fissare liberamente il suo domicilio (BORRELLI, *De magistratuum edictis*, L. IV, cap. IX, n. 8).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale i governati possano ripararsi. Così, per esempio, per evitare il rischio della formazione di monopoli privati il magistrato potrà legittimamente emanare ogni sorta di bandi contro le associazioni tra commercianti, giacchè «congregationes omnes illicitae sunt, et a iure prohibitae nisi expresse reperiuntur permissae» (300). O ancora, «licet enim negotiandi commercia prohiberi ac arctari de iure non debeant», egli potrà vietare le 'estrazioni' dei grani fuori dal contado e concentrare il commercio dei generi alimentari in particolari mercati richiamandosi ad esplicite norme tardo-imperiali facilmente reperibili nel *Codex* (301). O, da ultimo, minacciare liberamente le più terribili pene contro chi «maledicit» del principe o della divinità, favoreggia i banditi o commette altri reati la cui sanzione non sia ben definita, giacchè l'ordinamento, pur riconoscendo formalmente il principio della legalità della pena, non ne dà un'interpretazione rigoristica (302).

È sicuro, insomma, che nello sviluppare la sua casistica la dottrina non è qui guidata da alcun disegno 'garantista', quanto piuttosto dalla solita esigenza di censire, a beneficio dei pratici, tutti gli argomenti giuridici utilizzabili in un senso o nell'altro per la soluzione delle più comuni fattispecie contenziose in materia. Il fatto che questo censimento sia effettuato utilizzando una presentazione apertamente antivolontarista dello 'ius edicendi' consente in qualche modo di lasciar aperte tutte le porte: ora permettendo di rafforzare l'autorità del magistrato col presentare la sua facoltà normativa come una prosecuzione diretta del diritto obbiettivo stesso, ora invece

(300) Tale la lettura che, a partire dalla glossa, sempre è stata data del titolo *De collegiis et corporibus illicitis* del Digesto (D. 47,22) e che serve quindi a giustificare gli statuti magistratuali proibitorii in materia (*ibidem*, L. III, cap. VIII).

(301) Si pensi, per es., a quelle contenute nel titolo *Quae res exportari non debeant* del libro IV; o ancor più alla *l. Praeses, C. De servitutibus et aqua* (C. 3,34,6), che, ammonendo il magistrato a non distrarre a vantaggio di altri l'acqua privata che serve alle necessità del suo proprietario, viene usata per giustificare i divieti di esportazione del prodotto interno in epoca di penuria (per tutti, S. Rovito, *Luculenta commentaria in singulas Regni Neapolitani Pragmaticas Sanctiones*, (1600), Neapoli, 1718, *Super rubrica De extractionibus*, p. 216; Galganetti, *Tractatus de iure publico*, L. IV, tit. 42, nn. 14-16, p. 433).

(302) Cfr. ampiamente Borrelli, *De magistratuum edictis*, L. II, cap. VIII e L. III, capp. II, III, V, VI.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fornendo armi alla posizione del suddito, nell'evidenziare la stretta subordinazione dell''edictum' rispetto alle norme di diritto comune. Il tutto in ossequio alla esigenza (tipica dello Stato d'antico regime) di mantenere un rapporto estremamente elastico tra il potere ed i sudditi, puntualizzabile volta per volta in relazione alle condizioni sociali dei soggetti ed alle opportunità politiche del momento.

12. Se dunque, alla luce delle cose ora dette, sembra sicuro che la dottrina abbia guardato alla funzione normativa dei pubblici apparati come ad un fenomeno unitario; assai meno organicamente formalizzata risulta invece l'attività magistratuale a carattere 'grazioso' — quella cioè consistente nell'accordare al privato, dietro sua richiesta, certe utilità concrete di cui solo l'autorità pubblica si vede riconosciuta la disponibilità (303).

Si tratta in effetti di un tipo di attività che tende a sfrangiarsi in una pluralità di sotto-funzioni dai caratteri fortemente diversificati a seconda della natura del beneficio richiesto ed al titolo della sua concessione: sottofunzioni che la dottrina non sembra capace di (o interessata a) ricondurre entro un quadro di riferimento unitario.

Tentando un abbozzo di sistemazione, si può notare intanto che il rilascio di un atto 'favorabilis' al suddito si configura diversamente a seconda che l'utilità in questione sia richiesta al principe in quanto 'grande privato' — o, il che è lo stesso, al suo fisco —, ovvero al medesimo in quanto titolare di pubblico potere; o, ancora, all'uno e all'altro soggetto contemporaneamente (ipotesi che è poi forse la più comune in pratica).

La concessione, infatti, di quelle utilità a contenuto essenzialmente economico comprese nel patrimonio del fisco e corrispon-

---

(303) Benchè naturalmente sull'istituto del 'privilegium principis' (come atto para-legislativo, di livello costituzionale) esista una letteratura intermedia di sterminata vastità (per un orientamento sulla quale, oltre alle già citate pagine di NICOLINI, *La proprietà, il principe, e l'espropriazione*, pp. 153-158, cfr. H. MONHAUPT, *Vom Privileg zum Verwaltungsakt. Beobachtungen zur dogmengeschichtlichen Entwicklung in Deultschland seit der Mitte des 18. Jahrunderts*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung*, cit., p. 41 ss.). Ma qui a noi interessa unicamente l'ordinario potere di concedere e abilitare degli 'inferiores'; che sebbene derivi certo da quello originario del sovrano, non può essere identificato *tout court* con la 'absoluta potestas' di costui.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

denti alle c.d. 'regalìe minori' (304) — come lo sfruttamento di una miniera o di una salina, la riscossione di una imposta o di un pedaggio, la gestione di una qualunque privativa, il godimento di un pascolo compreso nel demanio reale e così via — non dà luogo ad una attività di rilievo pubblicistico, nonostante il carattere speciale e 'riservato' dei diritti in oggetto. Essa si svolge cioè secondo modalità tipiche del diritto civile (appalto della percezione dell'imposta, allivellazione del pascolo, affitto della miniera), iscrivendosi senza residui nel quadro di quella 'cura publica' di cui già si è detto. Nell'ambito della quale, si possono trovare qualificati talvolta come atti 'di grazia' quelli compiuti dal principe a titolo di liberalità o di rimunerazione; continuando essi, però, a configurarsi di volta in volta come donazioni, comodati, rimessioni di debiti, costituzioni gratuite di vitalizi e via dicendo, e risultando regolati alla stregua di comuni rapporti privatistici — anche se dottrina e giurisprudenza, è vero, rimarcano la perpetua revocabilità di simili disposizioni, osservando che il sovrano attuale non ha la possibilità di pregiudicare i diritti dei suoi successori alienando gratuitamente quote di un patrimonio che appartiene anche a loro (305).

Il panorama cambia completamente quando il suddito, invece che chiedere al principe il trasferimento di un diritto patrimoniale di sua spettanza, faccia appello al suo potere sovrano per essere esentato dall'osservanza di qualche norma giuridica o per farsi riconoscere un qualche status di cui egli solo ha la disponibilità. L'attività pubblica correlativa (c.d. «iurisdictio gratiosa») (306) con-

(304) Così si qualificano, in effetti, quei diritti pubblici riservati «quae potius ad fiscale ius, et proventus, quam ad ipsam supremam authoritatem et dignitatem spectant», secondo la distinzione, formalizzata da Luca da Penne, «inter ea, quae sunt iuris publici, et inter ea quae sunt in patrimonio fisci» (così, tra i tanti, SIXTINUS, *Tractatus de regalibus*, cit., L. I, cap. II, n. 45, p. 21, e PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, L. I, tit. I, n. 28, f. 3 r.).

(305) Così ancora riassuntivamente PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, L. I, tit. III, *passim*.

(306) La definizione è di Giovanni Bolognetti: per il quale, dopo che negli ordinamenti delle origini si fu introdotto il potere giudiziario e quello statutario, «postea apparuit ius aliquando esse nimis rigorosum, et esse opus dispensatione, et etiam esse necessarium creare multas dignitates, et cum ad principem pertineret remunerare benemeritos, opus fuit alia potestate, et ita subsequuta fuit iurisdictio gratiosa», che

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

siste allora nell'esercizio di quegli «iura regalia maiora» (307) (come la creazione dei magistrati, la restituzione della fama, la concessione della revisione di una sentenza passata in giudicato, la commutazione delle pene e, più in generale, la dispensa dall'osservanza di una qualsiasi norma giuridica (308)) che non solo hanno un evidente contenuto pubblicistico, ma che non spettano nemmeno agli 'inferiores' «iure magistratus», essendo strettamente peculiari alla persona del sovrano (309).

Ciò premesso, niente vieta al principe di delegare espressamente rilevanti porzioni di questo potere ai suoi subordinati (che peraltro, a ben guardare, risultano già titolari di qualche spezzone di esso «de iure communi»; che cos'è infatti, per es., la 'missio in possessionem' nei beni del *de cuius* o del contumace se non una vera e propria «dispensatio contra legem»?) (310). E in effetti, man mano che lo

---

consiste nella «potestas imperandi, et cogendi, et permittendi in dispensando et gratias faciendo» (*in l. Imperium*, cit., nn. 3 e 6, f. 177 v.).

(307) O anche «maiestatica» (vd. per es. BODIN, *De Republica*, L. I, cap. X); mentre il termine «regalia» senza ulteriori aggettivazioni tende ad essere riferito correntemente ai soli diritti speciali a contenuto economico (così ad es. in DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, cit., L. II).

(308) Nel quale ultimo si finisce spesso per identificare l'essenza stessa della 'potestas gratiosa'. «Ius derogandi est ius disponendi, et gratias faciendi», scrive per esempio alla fine del Settecento il giureconsulto toscano Paolo Ombroso, massimando una sentenza della Rota di Firenze ove si rilevava: «siccome il principe può prescrivere ai sudditi... quelle Leggi che più gli aggradano; così può il medesimo quell'istesse Leggi o moderare, o abolire intieramente... e potendole del tutto togliere ed abolire, a più forte ragione può a quelle derogare, in qualche caso particolare, e in riguardo di alcuni de' suoi sudditi... Questo diritto di derogare nei casi particolari alle Leggi, appartiene dunque senza dubbio alla Maestà, ed è quello che dicesi Gius di Dispensare, e respettivamente di Aggrazziare» (P. OMBROSO, *Selectarum Rotae Florentinae decisionum Thesaurus*, Florentiae, 1773-1787, t. VII, dec. 44, nn. 8-12).

(309) Il principe, invero, «iurisdictionem autem gratiosam nemini concessit de iure communi, nam nullus potest creare magistratus vel dignitates, nec doctores, nec notarios... Et ordines magistratuum ab ipso principe profluunt sicut rivoli a fonte... Nec nullus potest legitimare seu dispensare contra leges» al di fuori di poche eccezioni (BOLOGNETTI, *Super rubrica De officio eius cui mandata est iurisdictio*, n. 13); o ancora concedere lo «ius ducendi aquas ex flumine publico», permettere che si tengano le fiere e i mercati, autorizzare le «tratte» di merci all'estero, attribuire il diritto al porto delle armi ecc. (per tutti cfr. ancora DE LUCA, *Il Dottor Volgare*, L. II).

(310) È ancora Bolognetti ad osservarlo: rilevando che tali atti sono per loro natura estranei alla semplice 'iurisdictio iudiciaria', e trovando conforto alla sua tesi nel

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Stato moderno estende il proprio controllo sulle attività sociali e generalizza la tecnica dei divieti legali con riserva di autorizzazione, i magistrati d'antico regime ci appaiono sempre più occupati a rilasciare licenze ed abilitazioni nelle più varie materie.

L'inquadramento di tale funzione non costituisce un problema per la dottrina. La quale da sempre dispone di una categoria concettuale appositamente predisposta per accogliere gli atti discretivi di pubblico potere finalizzati alla soddisfazione di interessi privati, qual'è quella del 'mixtum imperium' bartoliano. Nell'ambito dei suoi vari 'gradus', in effetti, non si trova difficoltà a collocare, accanto a fattispecie tradizionali quali la legittimazione del figlio naturale o l'emancipazione del minore (311), anche la concessione — poniamo — di una derivazione d'acqua pubblica: trattandosi sempre, secondo il giurista intermedio, di esonerare discrezionalmente qualcuno, dietro sua richiesta, dal vincolo di certe norme (nella specie, quelle che impongono a ciascuno di fare un uso dei beni comuni compatibile col godimento di tutti) (312).

Tale operazione, dal punto di vista del magistrato, consiste in ogni caso nell'apprezzare, da una posizione di formale imparzialità, se l'utilità domandata «possa concedersi senza danno del privato e del pubblico» (313) — cioè senza ledere sostanzialmente gli interessi

---

fatto che il testo romano stesso (in D. 2,1,1) definisce «latissimum» l'«officium iusdicentis» proprio per la possibilità di esercitare poteri del genere (*in l. iusdicentis, ff. De iurisdict.*, n. 6).

(311) Come pure all'esercizio di tutte le prerogative sovrane già sopra ricordate (comprese nel 'mixtum imperium maximum' e 'maius'), nonchè all'approvazione delle transazioni alimentari, alla concessione della 'bonorum possessio', alla 'datio tutoris' ecc.

(312) Così, per tutti, riferendola come un *communis opinio*, I. RIMINALDI (1520-1589), *Commentaria elegantissima in primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1570, *ad l. Imperium*, n. 498.

(313) Così un giudice toscano nel 1772 (si tratta, in particolare, di una sentenza resa dall'Auditore della Camera delle Comunità — dell'organismo, cioè, competente, in età leopoldina, nelle materie 'edilizie' e di amministrazione territoriale in genere —, riprodotta in *Raccolta delle decisioni della Rota fiorentina*, cit., Seconda serie, vol. VII, dec. 386, p. 252). Nel caso di specie il magistrato è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una concessione d'acqua pubblica dal ricorso di un privato che si pretende leso dall'atto. Benchè in Toscana il rilascio di questo tipo di benefici non fosse formalmente delegato agli apparati, ed avvenisse perciò tramite 'actus principis' non suscettibile di impugnazione di fronte ai tribunali inferiori; il sovrano concede regolar-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tutelati dalla norma proibitoria. Egli dovrà perciò negare la licenza d'occupazione di spazio pubblico quando da essa possa derivare un pregiudizio per i terzi (sulla base della regola romanistica: «quotiescumque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiuscumque fiat») (314); concedere l'uso privato dell'acqua pubblica soltanto per quella quantità «quae superest» rispetto alle necessità collettive cui essa è vincolata per legge (315); ed accordare un permesso d'esportazione (c.d. 'extractio') solo «proviso prius Regno», cioè limitatamente alla quota di prodotto ritenuta eccedente rispetto al fabbisogno interno (316).

---

mente, per rescritto, a chi se ne senta pregiudicato, la facoltà di adire il giudice competente in materia affinchè esso accerti «a termini di giustizia» se il provvedimento possa essere mantenuto o meno.

(314) Così ancora un giudice granducale (si tratta, stavolta, dell'Assessore del Magistrato di Biccherna di Siena, titolare in proprio, a norma dello statuto cittadino, del diritto di concedere la «facultas occupandi aerem vel solum publicum»); *Raccolta*, cit., Seconda serie, vol. IV, p. 897). La norma richiamata è una di quelle contenute in D. 43,8,2, § 1.

(315) La dottrina intermedia in materia di concessioni idriche è invero estremamente variegata (per una panoramica basti rinviare a G. Astuti, *Acque (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958, in part. p. 381 ss.); e spesso, interpretando il diritto del principe sulle acque pubbliche alla stregua di un vero e proprio dominio patrimoniale, essa costruisce la correlativa concessione alla stregua di un puro e semplice atto di diritto privato. Già dai primordi, però, non manca chi resta fedele alla teoria romana dell'acqua pubblica come bene comune, a cui consegue la libera fruibilità da parte di ognuno. Ed in questa prospettiva, appunto, la «licentia superioris... si non ad effectum, ne quis faciat propria auctoritate, saltem requiritur, ut cognoscatur, an aquae extractio fieri possit, et debeat, quae cognitio ad privatas personas non pertinet, sed habentibus potestatem» (A. Gobbio, *Quaestiones ad universam aquarum materiam*, in Id., *Tractatus varii*, Venetiis, 1700, q. VII, n. 9, p. 12).

L'apprezzamento magistratuale consisterà allora nel valutare quanta acqua sia richiesta dall'uso comune, e quanta invece possa considerarsi «superflua» e quindi disponibile per l'utilizzo esclusivo del richiedente (così per tutti F.M. Pecchi, *Tractatus de aquaeductu*, Ticini Regii, 1670, L. II, cap. III, q. I, nn. 3-4, con allegazioni della dottrina più antica).

(316) In questo senso, applicando per analogia i principi in tema di concessioni idriche, cfr. per esempio, tra gli autori meno antichi, Rovito, *Luculenta commentaria in... pragmaticas sanctiones*, cit., *ad rubr. 'De extractionibus'*, p. 216 (il quale testimonia come, nella prassi del Regno meridionale, «quotiescumque contingit dari licentiam pro alicuius rei extractione, solet prius fieri investigatio, ne deficiat in Regno»); G.F. Da Ponte, *Tractatus de potestate Proregis* (1611), Neapoli, 1623, tit. V, n. 5, p. 153 (che generalizza la teoria ad ogni sorta di concessioni: «concessiones fieri non possunt, nec intelliguntur

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La 'concessio gratiae', dunque, lungi dal risolversi in una capricciosa manifestazione di volontà del concedente, si fonda di solito su di una approfondita 'causae cognitio'. E poco importa il fatto che, non essendovi di regola in questi casi un contraddittore, il procedimento si svolga nelle forme della giurisdizione volontaria: «anche nell'amministrazione della giustizia.... più tosto graziosa che contenziosa» — nota in proposito il Cardinal De Luca — si rinvengono sempre le «tre persone» tipiche di ogni processo, giacchè «la giustizia stessa fa le parti di attore, ovveramente di oppositore» (317). Del resto, non è infrequente, nella prassi concessoria d'antico regime, veder impiegati procedimenti volti a provocare l'opposizione preventiva di eventuali controinteressati attraverso appositi bandi e notifiche pubbliche. Opposizione che, proposta nelle forme di una comune azione giurisdizionale, può dar luogo ad un regolare giudizio in contraddittorio con il richiedente, destinato a chiudersi con una sentenza sulla base della quale, infine, si decide se accordare o meno il beneficio richiesto (318). In questi casi, il carattere material-

---

factae, alia lege quam est apud concedentem... Etsi aliud ius Rex non habet, quam dispositionem eius, quod remanet, deducto eo, quae publicae utilitati deservit pro Regni substentatione et defensione, id tantum intelligitur concessisse, et non quod est in usu et ad necessitates publicas destinatum»: n. 19, p. 156); MASTRILLO, *De magistratibus*, cit., L. V, cap. IX, nn. 42-43, p. 302; ROCCO, *De officiis,* cit., rubr. XIV, § 7, n. 22, p. 313.

L'emanazione delle 'tratte', per lo più delegata ai magistrati preposti all'annona, era in effetti spesso correlata ad una ricognizione complessiva della produzione cerealicola interna, attuata attraverso vari tipi di strumenti informativi (un'esperienza di questo tipo ottimamente indagata è quella della Prefettura annonaria di Roma: J. REVEL, *Le grain de Rome et la crise de l'Annone*, in *Mélanges de l'école française de Rome, (Moyen Age, Temps modernes)*, LXXXIV (1972), in part. p. 210 ss).

Altro caso classico di atto 'favorabilis' condizionato all'accertamento di precisi presupposti giuridici è quello della licenza edilizia. Premesso che i Digesti, infatti, sono formali nel ricomprendere lo 'ius aedificandi' tra le normali facoltà del proprietario (cfr. soprattutto D. 50,10,3); le norme di diritto regio o statutario che ne condizionano l'esercizio al rilascio di una licenza non possono avere altro scopo che quello di garantire la conformità dell'edificio costruendo alle regole edilizie vigenti, e segnatamente di evitare l'occupazione abusiva di porzioni del suolo stradale (cfr. BRUGIOTTI, *Epitome iuris viarum*, cit., cap. IV, nn. 54-56).

(317) *Dottor Volgare*, cit., L. XV, pars I, cap. IV, pp. 47-48.

(318) Tale, per es., il procedimento regolarmente usato, nella prassi toscana, per le concessioni di derivazioni di acque pubbliche e per il rilascio di ogni altra licenza relativa alla regimazione privata di fiumi e torrenti, come risulta dalla giurisprudenza

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente 'giustiziale' della 'potestas gratiosa' emerge in tutta la sua evidenza.

Nè d'altra parte, si può ritenere che l'attività concessoria ed abilitativa si contrapponga frontalmente a quella 'giurisdizionale' solo per il fatto che, di regola, il richiedente non ha alcun rimedio contro un eventuale diniego del beneficio invocato. Chi 'implora', infatti, il 'nobile officium' del giudice lo fa proprio in quanto non dispone di un'azione formale per conseguire l'utilità desiderata; sì che egli non ha modo, di norma, di costringere il magistrato a dargli quel che chiede (319). Mentre da ultimo anche la normale revocabilità dell'atto 'grazioso' — su cui la dottrina insiste particolarmente (320) — non vale ad escluderlo dall'area della 'giurisdizionalità',

---

richiamata alle note precedenti. Alla richiesta dell'interessato segue puntualmente, in effetti, l'affissione degli «Editti... e ciò per dar luogo di ricorrere a chi si fosse sentito aggravato dal lavoro fatto e da farsi»: a cui può conseguire, a sua volta, la presentazione di ricorsi da parte di precedenti concessionari, o di proprietari rivieraschi che si reputino variamente pregiudicati dalle opere proposte. Il ricorso viene introdotto come un'azione civile ai sensi dell'interdetto «ne quid in flumine publico», ed apre la fase contenziosa davanti al magistrato dei Capitani di Parte (più tardi, davanti alla Camera delle Comunità) sedente come giudice.

(319) Già la glossa, invero, aveva osservato che nell'esercizio di varie facoltà tipicamente ascrivibili all''officio nobile' (come la concessione della 'bonorum possessio' e la 'datio tutoris') il giudice doveva ritenersi legalmente tenuto a concedere l'atto richiesto («ut patet ex diffinitione eius. Est enim iurisdictio potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae»: glo. *potest, ad l. Iusdicentis officium, ff. De iurisdict. omnium iudic.*). Tale principio «fallit tamen... in iis quae sunt posita in libero arbitrio iudicis» ovvero rimessi al suo «merum officium», il quale «praesumitur concessum secundum naturam subiecti» (BOLOGNETTI, *in l. Iusdicentis officium*, nn. 11 e 12). «In omnibus casibus — si insegna ancora in proposito — in quibus aliquid committitur a lege vel a superiore in potestate iudicis, et non in necessitate, ut quia potest aliquid facere, si vult, non tamen tenetur..., si iudex illud non facit, non potest appellari, ex quo facere non tenebatur» (R. MARANTA, *Speculum aureum et lumen advocatorum praxis civilis* (1540), Venetiis, 1615, pars IV, rubr. *De appellatione*, n. 365, p. 533).

(320) Segnatamente, quando venga meno il presupposto sulla base del quale esso è stato rilasciato (tutte le licenze d'esportazione, per es., «insitam habent naturam et conditionem, quod ea liceat extrahere, quatenus Regnum remaneat munitum, et his opus non habeat»: DA PONTE, *Tractatus de potestate Proregis*, cit., tit. V, p. 153; sì che il concedente «giustamente potrà negarne l'esercizio, quando per carestia o per altro incidente sopraggiunto, il medesimo paese ne abbia di bisogno» (DE LUCA, *Dottor Volgare*, cit., L. II, cap. XI, n. 5, p. 160).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

posto che solo la sentenza definitiva di una controversia è considerata, dal diritto romano-canonico, irretrattabile dal suo autore, mentre ogni altra 'vox iudicis' può ben essere da lui revocata in ogni momento (321).

Piuttosto, c'è da aggiungere che molto spesso le due tipologie fondamentali di atto concessorio di cui si è detto — quella della concessione traslativa di un diritto patrimoniale, a fattispecie privatistica, e quella della concessione costitutiva di una deroga al diritto oggettivo, implicante l'esercizio di una potestà — tendono a sovrapporre i loro profili. Ogni abilitazione all'esercizio di una certa condotta, infatti, è di norma condizionata al pagamento di un certo corrispettivo fiscale: il che induce a ritenere che in corrispondenza di molte facoltà concessorie del secondo tipo esista un correlativo diritto patrimoniale pubblico che il concedente fa acquistare, a titolo oneroso o gratuito che sia, al beneficiario. Così, tipicamente, la concessione di una presa d'acqua pubblica non solo attribuisce al concessionario una posizione privilegiata nel fruire di un bene collettivo, ma gli trasferisce parallelamente — secondo la dottrina — la titolarità di quella 'aqua superflua' di cui il principe si reputa «dominus quoad proprietatem»; il conferimento di un ufficio venale, nell'atto in cui eleva un soggetto alla dignità di pubblico ufficiale, implica la conclusione di una concomitante compravendita tra il fisco e il privato, avente ad oggetto l'ufficio stesso, concepito alla stregua di un qualsiasi bene patrimoniale disponibile; il rilascio di una licenza d'esportazione si attua tramite la vendita del correlativo diritto di esportare, e via proseguendo.

I persistenti residui della vecchia concezione patrimoniale del potere cha accompagnano lo sviluppo dello Stato moderno fanno dunque dell'atto 'grazioso' una realtà assai complessa, ove si intrecciano (spesso inestricabilmente) potestà privatistiche e potestà autoritative, e ancor di più finalità di tutela dell'interesse generale e semplici finalità di accrescimento patrimoniale.

In questa sede, comunque, a noi basta rilevare che non appena si esce dalla sfera della pura amministrazione privata per entrare sul

---

(321) Cfr. ancora per tutti, MARANTA, *Speculum aureum*, cit. pars VI, rubr. *De allegatione et disputatione super dubiis causae*, n. 7, p. 454; B. ALTIMARO, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, Venetiis, 1701, p. 38, *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

terreno delle funzioni pubblico-potestative, l'attività di 'grazia' rivela subito forti contiguità con quella di 'giustizia'. Da quest'ultima essa si distingue, sì, profondamente «respectu partium» (in quanto non si dirige *contro* , bensì solo a favore dei suoi destinatari); ma «respectu iudicis» la differenza tende a sfumare, in quanto il tipo di potere che il magistrato esercita per 'beneficare' — cioè il «nobile officium» — non è diverso da quello che egli esercita in molti casi per giudicare. Mentre la differenza tra 'iurisdictio voluntaria' e 'contentiosa' è, in definitiva, meramente accidentale, posto che la prima si converte necessariamente nella seconda non appena un qualunque «invitus» si costituisca in giudizio, opponendosi alla emanazione dell'atto.

13. Ma l'interrelazione profonda tra l'amministrare e il giudicare emerge soprattutto quando spostiamo la nostra attenzione sul versante della attività pubblica concreta consistente nel 'comprimere' la posizione giuridica dei sudditi. Cioè quando si passi ad esaminare il nucleo centrale e più significativo di quella che è oggi la funzione amministrativa.

Ordinare ad un suddito di tenere un certo comportamento, imporgli di eseguire una prestazione a favore di qualcuno, sottrargli un bene o un diritto per soddisfare ad un pubblico interesse, sono, per le amministrazioni pubbliche degli ordinamenti 'a diritto amministrativo', comportamenti che non richiedono alcuna elaborata teoria per trovare una loro giustificazione dogmatica. L'imperatività — si dice —, intesa come potestà di incidere unilateralmente le posizioni soggettive dei governati, è la caratteristica principe della funzione amministrativa contemporanea; e per quanto circoscritta da norme che determinano casi e limiti del suo impiego, essa pertiene allo Stato-amministratore tanto naturalmente quanto la capacità negoziale ad ogni privato.

Diversamente stanno le cose nel contesto dello Stato giurisdizionale. Ove una potestà in qualche modo omologa a quella ora evocata spetta sì al 'princeps' come protagonista costituzionale supremo (egli può in effetti «auferre» gli 'iura quaesita' dei sudditi a volontà, in relazione al conseguimento di un interesse pubblico principale assunto come proprio: per es. disponendo un esproprio diretto, risolvendo unilateralmente un contratto fiscale, ordinando un nuovo prelievo coattivo o revocando un privilegio già conces-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

so) (322); ma è di regola negata ai suoi magistrati (323). Come già ben sappiamo, l'‘imperium' di cui essi sono pur titolari è quello tipico dei «ministri legum», ben distinto sia dalla ‘potestas absoluta' del sovrano, sia dal potere inqualificato dell'«arbiter» (324), essendo del tutto strumentale alla realizzazione del diritto. Dal che consegue la tendenziale estraneità dell'«auferre» rispetto alla normale capacità magistratuale (come potrà infatti chi è vocato esclusivamente a dire-il-diritto (oggettivo) disporre *contro* il diritto (soggettivo) di qualcuno attraverso semplici manifestazioni di volontà, siano pur esse giustificate da esigenze di carattere generale?) (325).

---

(322) Seguendo le indicazioni a suo tempo fornite da NICOLINI, *Il principe*, parte III, cap. I, potremmo definire questo tipo di capacità come una potestà ablatoria *per rescriptum*, onde distinguerla dalle ablazioni in via normativa e in via giudiziaria di cui si dirà oltre, secondo una distinzione già lucidamente individuata da Bartolo. Si noti come, benchè i giuristi per fondare questo diritto del principe solessero richiamarsi ad una serie di frammenti del *Corpus iuris* (i più importanti sono probabilmente la *lex Item si verberatum ff. De rei vindicatione* (D. 1,14,3), ma se ne potrebbero ricordare moltissimi altri, parecchi dei quali servono altrettanto bene a giustificare gli esproprii magistratuali, come subito vedremo); con ciò essi non pensarono mai di attribuire caratteri di tipicità ai poteri ablatorii del sovrano: il quale, ovunque avesse riscontrato l'esistenza di una ‘iuxta causa', era legittimato a privare il suddito di una qualsiasi utilità della vita attraverso una manifestazione irresistibile di volontà.

(323) O, per meglio dire, agli ‘inferiores' in genere; giacché anche gli organi deliberanti delle *civitates subiectae*, pur titolari di una ampia capacità normativa propria, possono limitare le ‘libertà' dei propri membri e privarli dei loro beni solo «generaliter faciendo statuta» e non «faciendo legem particularem contra aliquem» (tali, ancora, le conclusioni di NICOLINI, *Il principe*, cit., parte III, cap. IV, sulla base di un'ampia disamina della dottrina intermedia). Il principio, che nel pensiero di Bartolo (a quanto pare suo primo enunciatore: cfr. soprattutto il commento alla *l. Antiochensium, ff. De privilegiis creditorum* (D. 42,5,37)) sembrerebbe collegarsi alla natura democratico-contrattuale dell'ordinamento cittadino, sì da valere indifferentemente per la *civitas* politicamente soggetta come per quella indipendente; nella dottrina successiva viene sicuramente riferito alla sola *civitas subiecta*, posto che al *superiorem non recognoscens* (sia esso persona fisica o ‘populus') viene sempre riconosciuto un generale potere d'ablazione nel caso singolo. Per una panoramica del pensiero più tardo in materia cfr., per tutti LOSEO, *De iure universitatum*, cit., pars III, cap. XV, nn. 8-13.

(324) Così — riassuntivamente e per tutti — S. STRYK, *De praesumptionibus pro magistratu* (1697), in *Opera omnia*, Florentiae, 1839, vol. VII, cap. I, n. 6, col. 626, richiamandosi alla esplicita caratterizzazione romanistica del magistrato come «lex loquens».

(325) Tale conclusione non è invero mai enunciata in termini così netti dai giuristi intermedi: sia perché si tratta di una regola che soffre molte eccezioni (come subito si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Certo, niente può impedire al sovrano — titolare di un «arbitrium supremum, ...nullo iure certo, forma, tempore, aut ordine restrictum, sed liberum prorsus, cuncta regens vel naturalis rationis dictamine, vel effrena libidine, de fortunis statuens et vita hominum» (326) — di trasferire ai suoi apparati quote qualificate di un potere simile al suo, in aggiunta alle loro ordinarie facoltà (e basta sfogliare una qualsiasi raccolta di leggi o statuti per accorgersi di quanto frequentemente questo avvenisse). Di tale possibilità la dottrina fu ben consapevole. Fino a costruire un'intera teoria — quella, appunto, dell''arbitrium' magistratuale — dedicata a studiare modalità, forme ed effetti di simili deleghe pubblicistiche (327).

---

dice nel testo), sì da sconsigliarne formulazioni troppo esplicite; sia perchè la dottrina preferisce affrontare il problema indicato in relazione alle singole potestà ablatorie degli 'inferiores', piuttosto che a livello generale. Fondamentali in materia, comunque, restano alcuni testi bartoliani in cui si esclude che i magistrati cittadini «possint facere statutum per quod ius proprium iam quaesitum alicui auferatur»: e ciò perchè il delegante (in questo caso il «populus» della città) «intelligitur hoc concedi sine alterius iniuria ... et ideo ex virtute talis arbitrii magistratus non possunt debitores aliquorum liberare, vel similia facere» (*in l. Ambitiosa, ff. De decretis ab ordine faciendis* (D. 50,9,4), n. 12; *in l. Toties, ff. De pollicitationibus* (D. 50,12,6), n. 1). Benchè formulati a proposito dei soli magistrati municipali, questi principii verranno comunque riferiti dalla dottrina successiva ai magistrati in genere (cfr. per es. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus*, cit., L. I, q. 48, n. 1, f. 41v.). Rispetto a questa, che è la regola, si arriva poi ad ammettere la legittimità dell'*ablatio* dell'*inferior*, a titolo di eccezione generale, quando esista una «iuxta causa» che la motivi, finendo quindi, in apparenza, per risolvere la questione allo stesso modo che per il principe (vd. ad es. A. TIRAQUEAU, *De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis*, Praefatio, n. 39-40, ed. Venetiis, 1560, f. 18). Si tratta, però, di una affinità più apparente che reale, giacchè la «iuxta causa auferendi» viene ricondotta, quando si parla dei magistrati, ad una serie di 'cause' tipiche corrispondenti a quei casi in cui la *lex* prevede appunto che un certo soggetto possa essere «coactus ad vendendum» o «ad faciendum» (così MENOCHIO, *De arbitrariis*, loc. ult. cit., nn. 8-11: che pur concludendo per la legittimità dell'*ablatio* giudiziale «quando causa iusta subesset», identifica tale «causa» essenzialmente in alcune ipotesi di vendita coattiva già previste dal diritto romano e poi estese analogicamente dalla dottrina ad altri casi consimili, come vedremo tra un attimo). Il magistrato, insomma, non è mai titolare di un generale potere ablatorio, ma è semplicemente vocato ad attuare le ablazioni legali già disposte dalle norme oggettive.

(326) Così O. CAVALCANI, *Tractatus de brachio regio, sive de libera, ampla et absoluta potestate iudicis supremi in prosequendo, iudicando et exequendo*, Venetiis, 1608, pars I, n. 7, p. 6.

(327) Sul tema - che ancora attende di essere sottoposto ad una indagine storico-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In tale sede, pur senza negare la piena legittimità di questo potenziamento artificiale della capacità degli apparati, fu compiuto ogni sforzo per dimostrare che le clausole traslative dell''arbitrium' dovevano ricevere un'interpretazione il più possibile restrittiva e controllata: e che, in particolare, non era da presumersi che esse conferissero ai loro beneficiarii una vera libertà potestativa (cioè un comando «consistens in sola iudicis voluntate» e quindi nel «quod placuerit statuere... remoto iure, ratione et aequitate»), bensì soltanto una libertà dell'intelletto e del giudizio, risolventesi nell'abilitazione del magistrato a «proferre sententiam» secondo «quod sentiat iure, ratione ac aequitate animi sui» (328). Altrimenti conclu-

---

dogmatica di carattere complessivo — si è soffermata soprattutto l'attenzione degli storici del diritto penale (cfr. p. es. B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, XLII (1974), p. 82 ss.; A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, p. 197 ss. (con riferimento all'esperienza del Senato di Milano); G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel 'Tractatus de maleficiis' di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976, p. 57 ss.). Accanto al più spettacolare «arbitrium criminale», però, la dottrina da sempre conosce pure un parallelo «arbitrium in civilibus»: chè anzi, come spiega Menochio, le origini stesse del concetto di 'arbitrium' risalgono alla prassi giudiziaria romana, quando il *Praetor*, invece che prescrivere la formula e «dare iudicem», si limitava a deputare un «arbiter» che decidesse la lite «ex aequo et bono» (*De arbitrariis*, cit., L. I, q. 4, f. 2 r. e v.).

(328) Così ancora MENOCHIO, *De arbitrariis*, L. I, q. 6, f. 6 v., nel presentare la distinzione tradizionale tra l'«arbitrium plenum et liberum» e il cosiddetto «arbitrium regulatum», o «boni viri» (cfr., in tal senso, già glo. '*Arbitrium*', *ad l. Fideicommissa, § Sic fideicommissum, ff. De legatis et fideicommissis* (D. 32,1,11,§ 5). Formalizzando il significato delle varie clausole traslative, la dottrina stabilì che solo poche tra esse erano capaci di trasferire un potere della prima specie (come quelle, per es., in cui compariva in posizione enfatica il verbo «volo», o l'avverbio «libere», o ricorrevano espressioni come «de facto», «secundum sensum tuum» ecc.), e che nel dubbio si dovesse sempre presumere «principem mandavisse ut secundum leges iudex procederet» (*ibidem*, L. I, q. 7, n. 70). Resta comunque inteso che anche il «liberum arbitrium», esentando il suo titolare dal rispetto dello «ius civile», non lo svincola dall'osservanza del diritto naturale e delle genti, che costituisce un grosso ostacolo anche per il principe stesso (*ibidem*, L. I, q. 13, nn. 5 e 6, f. 17 r.), nè lo autorizza a disporre del diritto del terzo «extra causam» (come già si è visto) o a mandare in esecuzione l'atto commessogli «quando nulla alia praecessit cognitio» (*ibidem*, L. I, q. 38, f. 34 ss.). Se ne ricava, da ultimo, una nozione di «arbitrium» fortemente depurata, insomma, dai suoi originarii elementi volontaristici: come scrive De Luca nel pieno del secolo seguente, «in quell'arbitrio, che dà la legge, non vi hà alcuna parte immaginabile la volontà, essendo queste due cose tra loro molto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dendo, avvertono i dottori, si rischia di tornare all'infanzia del mondo, quando — secondo l'opinione generale — «populus gubernabantur sine certa lege... et nondum inventae erant actiones, et omnia regebantur manu regia» (329). Negli ordinamenti civili, invece, ove «auctoritas regia sublata extitit iudicibus et illa sola remansit penes Reges et principes supremos » (330), è bene che gli apparati si limitino tendenzialmente ad applicare la legge; recependo il conferimento dell'*arbitrium* come un'amplificazione di quel «nobile officium» già loro naturalmente spettante, ma guardandosi dal riconoscere in esso una abilitazione a disporre a proprio libito di diritti che loro non appartengono (331).

Con ciò, tuttavia, non bisogna credere che i giuristi abbiano mai inteso negare ai magistrati un loro potere d'imperio ordinario in relazione al conseguimento di fini di pubblico rilievo. Semplicemente, essi non hanno differenziato questo di tipo di autorità, sul

---

diverse; atteso che la volontà è un'operazione libera del proprio sentire, nel fare, per sua elezione, più una cosa, che l'altra, quando egualmente si possa fare l'una, e l'altra. Ma l'arbitrio è un'operazione necessaria, da regolarsi da quello che dispongono le leggi, e quando queste siano dubbie, ovveramente che non abbiano potuto dare una regola precisa, perchè la materia ne sia incapace, come dipendente dalle circostanze particolari di ciascun caso... Et in tal caso quell'arbitrio, al quale le leggi si rimettono si intende dell'arbitrio d'un uomo buono, savio e intiero» (*Il Dottor volgare*, cit., L. XV, p. I, cap. IV, p. 54).

(329) CAVALCANI, *Tractatus de manu regia*, cit., pars I, n. 38, p. 9.

(330) *Ibidem*. Tale sequenza, ripresa di peso da Pomponio (D. 1,2, 2), gode di grande popolarità tra i giuristi (si pensi soltanto alle prime pagine del cap. III, L. III della *République*, ove Bodin manifesta appunto il convincimento che le «commissions» siano cronologicamente antecedenti agli «offices» proprio in quanto «les premières Républiques estoyent regies par main souveraine sans loy, et n'y avoit que la main des Princes pour toute loy»: e siccome «l'officier ne peut estre establi sans loy expresse», è chiaro che esse dovevano essere governate soltanto da commissari demandati volta per volta dal re (ed. cit., p. 393). Il diffondersi dell'*arbitrium* oltre certi limiti, perciò, è visto come un regresso storico rispetto ai traguardi già conseguiti.

(331) Ciò, quantomeno, fintanto che al magistrato non fosse stato espressamente ed inequivocamente conferito un potere del tutto omologo a quello del principe — e ciò o con clausole generali del tipo: «ad faciendum omnia quae ipsemet Princeps valeret explere», o con l'attribuzione di specifiche facoltà *ad hoc* (come quella di levare imposte per soddisfare alle finalità proprie dell'ufficio, o di espropriare in ordine alla realizzazione di particolari opere pubbliche ecc.) —. In questi casi, la dottrina non poteva che riconoscere all'*inferior* la piena titolarità di una porzione del «brachium regium».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

piano teorico, da quella necessaria a render giustizia; dando per scontato, in particolare, che essa consista sempre nel riaffermare in concreto una volontà normativa preesistente e già perfettamente efficace nei confronti dei sudditi — secondo lo schema funzionale tipico, appunto, dell'attività giudiziaria stessa.

In moltissime occasioni, invero, ciò è così conforme alla realtà delle cose da non richiedere dimostrazione alcuna. In effetti, il progetto di regolamentazione sociale portato avanti dall'assolutismo si risolve in gran parte nella prescrizione di nuove, interminabili liste di doveri 'pubblici' a carico dei governati. E l'attuazione di tutti questi precetti — siano essi fondati sulla legge del principe, sull'editto del magistrato o sul diritto comune stesso, opportunamente manipolato dalla giurisprudenza — non richiede una serie di operazioni apprezzabilmente diverse da quelle necessarie per render effettivo tutto il resto del diritto. Chi è chiamato a farli osservare non deve far altro che conformare il comportamento del suddito alla pretesa legale, applicando le sanzioni penali eventualmente previste (332) ed ingiungendo all'inadempiente di tenere la condotta omissiva o commissiva prescritta; salvo poi, in caso di reiterata non-conformazione, procedere all'esecuzione coatta dell'obbligo inadempiuto quando possibile (cioè quando si tratti di obblighi fungibili di 'facere' o di obblighi di pagare). L'attività così risultante si inquadra necessariamente, sotto il profilo sostanziale, entro la sequenza cognizione-condanna-esecuzione. Niente rilevando, in particolare, che il contenuto del precetto disatteso sia quello (per es.) di «tener netta» la via urbana latistante la propria casa, di non occupare senza licenza gli spazi pubblici, di notificare periodicamente al magistrato annonario la quantità di cereali prodotta o di chiedere il rinnovo di un permesso per continuare ad esercitare una

(332) È appena il caso di segnalare, *per incidens*, che nello Stato giurisdizionale 'puro' non esistono sanzioni 'amministrative' (ancor oggi definite come quelle la cui irrogazione è rimessa agli organi della pubblica amministrazione), ma solo sanzioni di tipo penale o civile. Quel che pian piano si viene formando è — come già sappiamo — la categoria delle c.d. «pene economiche»: le quali, però, in origine non sono altro che sanzioni penali applicate tramite procedimenti semplificati. Solo al momento in cui, a partire dalla metà del secolo decimottavo, si inizierà a distinguere tra potere amministrativo e potere giudiziario si potrà cominciare a parlare di un *tertium genus* di sanzioni, dotato di una propria natura dogmatica ben distinta dagli altri.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certa attività, piuttosto che quello di non rubare o di mantener fede agli impegni contrattuali. Nè tantomeno importando il fatto che l'enunciazione dell'obbligo possa essere genericissima, e tale quindi da lasciare al magistrato una enorme discretività in sede di verifica d'osservanza: poichè la conseguente facoltà di apprezzamento magistratuale non corrisponde, per definizione, ad una libertà di scelta in ordine ai modi per conseguire un fine empirico assegnato — cioè ad una potestà 'discrezionale' —, ma si risolve tutta in una libertà nell'interpretazione di norme.

Una gran quantità, quindi, di atti d'imperio che nei sistemi continentali di oggi si configurano come 'ordini' o 'decisioni' amministrative — quelli, in sostanza, aventi per fine l'attuazione di una pretesa giuridica dell'amministrazione — negli ordinamenti di cui ci occupiamo, ove non esiste una 'pubblica amministrazione' in senso soggettivo, non possono che confondersi completamente con tutti gli altri atti di tipo giurisdizionale, e trovarsi quindi assoggettati in maniera affatto naturale ai principii generali del processo (333).

Meno immediata è invece la riconduzione al modulo sostanziale del 'giudizio' di tutti quei procedimenti diretti a costituire obblighi *nuovi* — o comunque nuove situazioni di svantaggio — a carico dei sudditi. Tuttavia, anche nel ricostruire questo tipo di vicende (che sono poi quelle ora qualificate come 'ablatorie' in senso proprio e tecnico) (334) la dottrina intermedia presenta di solito l'attività

(333) Tali provvedimenti corrispondono all'ingrosso a quelli oggi ricondotti entro la categoria della c.d. 'autotutela amministrativa' (quantomeno, se si accetta la nozione ampia di quest'ultima proposta da Feliciano Benvenuti, e comprensiva non solo dell'attività esecutiva di decisioni già assunte, ma anche dell'attività consistente nel porre in essere tali decisioni — come per es. l'ordinanza di demolizione di un edificio illegittimamente costruito —, aventi la forma di provvedimenti di condanna: *Autotutela*, cit., pp. 549-551). Secondo altri si tratterebbe invece di atti solo in parte riconducibili al fenomeno dell'autotutela, e per il resto invece da includere nella specie dei provvedimenti ablatorii e dei provvedimenti sanzionatorii (categoria quest'ultima che nell'impostazione benvenutiana apparterrebbe al più vasto genere autotutorio): GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 1261.

(334) Assumiamo qui il termine, peraltro, in una accezione forse più comprensiva di quella ordinaria: intendendo includere nella categoria (secondo l'indicazione di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, pp. 1130-1131) non solo i provvedimenti volti a consumare «l'appropriazione di una *res* da parte di un pubblico potere», ma pure tutti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

magistratuale come diretta a concretare un dovere già in precedenza assegnato al destinatario dell'atto: sì che, per quanto il magistrato sia colto apparentemente nell'atto di «auferre» un diritto non suo, quel diritto era già stato sottratto alla disponibilità del suo titolare da una norma generale che gli imponeva di privarsene.

Si consideri il caso della espropriazione (e delle altre limitazioni al diritto di disporre di beni privati) per pubblica utilità. Sicuramente privo di una capacità espropriativa generale e diretta, il giudice d'antico regime si trova tuttavia legittimato da una serie di norme del *Corpus iuris* (e da moltissime altre di diversa origine poi esemplate su di esse) a «compellere» i privati alla vendita, alla locazione o al rilascio temporaneo dei loro beni quando ricorrano particolari circostanze indicate nella fattispecie. Parecchie di queste norme prevedevano quelli che oggi consideriamo espropri d'interesse privato — come la celebre legge *Si quis sepulcrum*, che fonda il diritto alla costituzione coattiva di una servitù di *iter* a favore di chi non possa altrimenti accedere ad un luogo di sepoltura (335) —. Ma altre formalizzavano già esplicitamente veri e propri casi di ablazioni per pubblica utilità — si pensi alla legge *Iubemus nullam* (C. 1,2,10) che impone al proprietario della nave di prestare il proprio natante per il trasporto di merci altrui quando appunto la *publica utilitas* lo richieda (336) —. Ampliando analogicamente l'ambito di applicazione di questi testi, i giuristi giunsero a prefigurare una lista interminabile di fattispecie (337) in cui qualunque *iudex* poteva

---

quegli altri con cui «il pubblico potere agisce in modo puramente *privativo*: toglie qualche cosa, ma non si appropria di nulla».

(335) *L. Si quis sepulcrum, ff. De religiosis et sumptibus funerum* (D. 11,7,12). Sull'importanza di questo testo in materia espropriativa, dopo NICOLINI, *Il principe*, cit., pp. 238 ss., ha richiamato l'attenzione J. L. MESTRE, *Du régime seigneurial au droit administratif: l'expropriation dans le droit français*, in AA.VV., *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, cit., p. 29 ss.

(336) Commentando la quale già Bartolo rilevava, per analogia, che la *civitas* «potest capere animalia ad proferendum salmas causa mittendi frumentum ad exercitum, vel causa faciendi venire frumentum de Clusio. Facit etiam quod, quando iudex mittit aliquem ad furcas, possit facere accipi asinum super quo portetur» (*ad l. Iubemus nullam, C. de sacrosanctis ecclesiis*).

(337) L'elenco forse più completo è fornito, nell'ambito della dottrina più tarda, da P. M. CORRADINI, *Tractatus de iure praelationis* (1688), Venetiis, 1700, q. 48 e q. 50, p. 208 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

validamente disporre la cessione coattiva di beni a vario titolo, «ratione publicae utilitatis», sulla base di un semplice richiamo formale al diritto romano (si va da casi di scuola, come quello della requisizione temporanea dell'asino per condurre il condannato al supplizio (338), alla alienazione coatta del fondo per la costruzione o l'ampliamento del «palatium principis», della strada, delle mura civiche (339), del lazzaretto (340); fino alla fattispecie di vendita forzata di gran lunga più frequente e rilevante nella vita sociale dell'antico regime, quella cioè delle derrate in epoca di penuria, in margine alla quale esiste una considerevole letteratura (341).

---

(338) Valorizzata ancora da GIASON DEL MAINO, *in l. Barbarius, ff. De officio Praetoris* (D. 1,14,3), n. 33, che, riprendendola da Bartolo, la porta ad esempio di come non solo l'«Imperator», ma anche il semplice «officialis» possa «propter utilitatem publicam... accipere res privatorum ad usum publicum». Una ipotesi affine, anch'essa assai antica (la prima formulazione sembra risalire a Giovanni d'Andrea) è quella della *coactio* a vendere il luogo necessario all'erezione della forca: dalla quale si passa, per analogia, alla vendita forzata del fondo «pro loco iudicii, qui in civitate deficiat» (CORRADINI, *De iure praelationis*, cit., q. 48, n. 14, con ampi riferimenti alla dottrina precedente).

(339) *Ibidem*, nn. 14-22: a cui si aggiungono, come cause legittime di *coactio*, l'ampliamento della scuola, del carcere, degli «horrea», dei fossati e così via (cfr. anche, per un riscontro giurisprudenziale, G. B. DE THORO, *Additiones ad R. De Pontis De potestate proregis*, Neapoli, 1621, tit. IV, n. 66, p. 56).

(340) Così già F. RIPA, *Tractatus de peste* (1522), Venetiis, 1575, rubr. *De remediis ad curandam pestem*, nn. 12-13, f. 60 r.: «favore publico dominos locorum habilium ad includendum aegrotos cogi posse ad vendendum vel locandum *l. si quis sepulcrum, ff. De religiosis et sumptibus funerum*».

(341) Anche qui, non mancano certo precisi testi romani di riferimento. Tra i più importanti va ricordata per es. la *l. Quoties, C. Ut nemini liceat in coemptione specierum se excusare* (C. 10,27,1): la quale, in verità, tratta essenzialmente della prestazione pecuniaria coattiva che la *Respublica* può esigere dai suoi membri quando vi sia necessità di procedere urgentemente ad acquisti granari, ma che tutti, da Accursio in poi, leggono come se fondasse un obbligo a vendere (cfr. da ultimo AMAYA, *ad l. Quoties*, n. 21: «cives compelli possunt inviti frumentum vendere fisco, vel ad publicum usum, vel ad sustentationem exercitus»: *Commentarii in tres posteriores libros Codicis*, cit., p. 214); altrettanto accreditata è del resto una seconda lettura del frammento (peraltro non incompatibile con la prima), secondo la quale esso dispone «quod si frumentum a fisco emptum corrumpitur, vel superat, cogi possunt cives ad illud emendum» (DE LUCA, *Theatrum*, vol. II *De regalibus*, disc. 44, n. 15, p. 147; e così, tra i tanti, A. PEREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustiniani*, (1637-38), Amsterdami, 1653, *ad. l. Quoties*, p. 315). Stessi risultati si ottengono dalla *l. Omnia, § Cura carnis, ff. De officio Praefecti Urbi* (D. 1,12,1,§1), che oltre a fungere da testo di legittimazione per la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La natura giuridica di questi atti dispositivi non è in alcun modo distinta, in dottrina, da quella delle altrettante numerose fattispecie di espropriazione d'utilità privata ricavabili dai medesimi testi o da altre norme consimili di «ius proprium» variamente presenti negli ordinamenti dell'epoca (oltre alle servitù coattive si pensi all'ingrossazione (342), al retratto vicinale urbano (343), allo svilupatissimo retratto *favore religionis* che funziona a beneficio degli enti ecclesiastici (344) e così via). Prova ne sia che le une e le altre vengono

---

calmierazione dei prezzi serve pure a giustificare la vendita coattiva di generi alimentari (tra gli autori più tardi cfr. per es. H. HAHN, *Observata theoretico-practica ad M. Wesembecii in libros Digestorum commentarios* (1651), Coloniae Agrippinae, 1675, *ad D.1.18 de contrahaenda emptione*, n. 5, p. 398; JO. BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem iustinianeum* (1663), Coloniae, 1754, *ad l.Omnia C. De conditis in publicis horreis* (C. 10,26,1), nn. 7-8, p. 954). Unanimemente accolto, quindi, il principio per cui «tempore caristiae, ... omnino autem ad vendendum cogi potest, ut nimirum ita publicae inediae consulatur» (così riassunto da S. STRYK, *De dardanariis* (1663), cap. III, n. 8, in *Opera omnia*, cit., t. I, diss. 2, col. 90), ciò su cui si sposta la discussione è se sia legittimo o meno, in questi casi, obbligare il «coactus» a vendere ad un prezzo imposto d'autorità: questione alla quale taluno risponde negativamente (cfr. esemplarmente l'argomentatissimo avviso di L. MOLINA (1535-1600), *Disputationes de contractibus*, Venetiis, 1601, disp. 364 e 365, p. 275 ss.), ma che la maggioranza risolve per l'affermativa (cfr. in tal senso, ad es., un citatissimo *consilium* di Menochio in cui si sostiene appunto che lo 'iudex' può prestabilire un prezzo politico al venditore forzato sulla base della medesima *ratio* sottesa alla *l. Si quis sepulcrum*, cioè il *favor religionis*: «atqui nulla maior forte causa pia vel religioni Christianae charitas est hac ipsa, qua fame laborantibus subvenire: quod certe non fieret, si eo magno pretio, quod extra civitatem vendi posset frumentum, vendere vellet» il *coactus* (IAC. MENOCHIO, *Consiliorum, sive responsorum liber secundus*, Venetiis, 1577, cons. 137, n. 16, f. 157 r.).

(342) Per la quale si rinvia ancora a NICOLINI, *Il principe*, cit., pp. 241-42, e ID., *Le limitazioni alla proprietà negli statuti italiani*, Mantova, 1937, pp. 85-100.

(343) Che nella dottrina più tarda si trova talvolta indicato anche come retratto gregoriano, in quanto disciplinato — nell'ambito dello Stato della Chiesa — da una celebre costituzione di Gregorio XIII del 1574, che attribuisce al vicino il diritto di ottenere la vendita forzata della casa attigua alla propria impegnandosi a riedificarla o a restaurarla. In materia esiste una notevole mole di giurisprudenza (vd. per es. DE LUCA, *Theatrum*, vol. II, *De regalibus*, disc. 148, n. 8 ss. e disc. 177 n. 11; *Sacrae Rotae romanae decisiones recentiores a Io.B. Compagno collectae*, Venetiis, 1697, pars IV, dec. 173 e pars XIII, dec. 538).

(344) Il quale costituisce probabilmente la più frequente forma di vendita coattiva durante i secoli dell'età moderna — a giudicare almeno dalla enorme quantità di giurisprudenza che si sviluppa in margine all'istituto, il cui fondamento è rinvenuto direttamente «in iure communi», cioè nella *lex Si quis sepulcrum*. Cfr., per una succinta

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sempre elencate alla rinfusa dai giuristi come casi di specie di un medesimo istituto — quello del contratto coattivo (345) —; e che la giurisprudenza, per esempio, si richiama indifferentemente alla legge *Si quis sepulcrum* ora per obbligare taluno a vendere la propria casa ad una congregazione religiosa intenzionata ad ampliare il suo convento, ora per costringere talaltro a cedere un fondo ad una comunità che intende scavarvi un canale o costruirvi un mulino per i suoi abitanti (346). Si tratta sempre, cioè, nella forma, di espropri giudiziari in attuazione di obblighi di contrarre già previsti da una norma oggettiva. E per quanto quest'ultima, nella sua estrema

---

esposizione dei principi in materia, desunti dalla prassi più tarda, TH. RUBEO, *Singularia ex sacrae Rotae Romanae decisionibus selecta*, Romae, 1637, pars V, *ad l. Si quis sepulcrum*, pp. 570-572; N. A. GIZZARELLI, *Aureae decisiones Sacri Regii Consilii neapolitani*, Neapoli, 1656, dec. 37 cum additionibus diversorum, pp. 333-341; DE LUCA, *Theatrum*, cit., vol. IV, Pars I, *De servitutibus*, disc. 83, p. 211 ss.

(345) Com'è stato giustamente avvertito da NICOLINI, *Il principe*, cit., p. 218 ss., la dottrina intermedia non fa alcuna distinzione «tra trasferimento coattivo a favore dello Stato e trasferimento coattivo a favore di un altro suddito». E ciò perchè ha una concezione essenzialmente obbiettivistica della *utilitas publica*, che non è l'*utilitas* del soggetto-Stato, ma è una somma di *utilitates* private. A ben guardare, anzi, un soggetto-Stato vero e proprio non esiste neppure nella sua dogmatica, ed in suo luogo esistono soltanto alcuni centri d'imputazione di interessi collettivi determinati (come il 'fiscus' o la 'civitas').

(346) Quest'ultimo è il caso di un esproprio disposto nel 1736 dalla Rota fiorentina su domanda del Comune di Sinalunga, sulla base appunto di una interpretazione estensiva della norma sulle servitù coattive: «le Leggi de' Romani — nota il relatore — considerarono la pubblica utilità ancora ne' privati sepolcri, e con tale motivo obbligarono il vicino possessore, a concedere la strada al Padrone di quel luogo, che col cadavere umano rendevasi, secondo la loro superstiziosa opinione, religioso *Leg. si quis sepulcrum ff. de religios. et sumptibus funerum*. La disposizione di questo testo s'è di poi con più di ragione adattata da' nostri Dottori, non solo a favore de' sacri Templi, de' Monasteri, e di altri luoghi, ne' quali solo remotamente si può considerare il diritto della Religione, ma ancora è stata estesa all'ampliazione de' Seminari, e delle Scuole e delle Carceri, e similmente per rendere più comode le Strade, ed i pubblici Edifizi; e per contribuire al più vago ornamento delle Città, è luogo in molti casi ad occupare gli altrui beni, mediante l'offizio del Giudice... Molto più dunque dee ciò ammettersi per salvare un Mulino al miglior uso d'un Territorio, perchè finalmente... non mancavano luoghi dove i Romani collocar potessero i loro cadaveri senza obbligare il vicino a dar la strada per il proprio suolo; Dove che non concedendosi lo scolo all'acque stagnanti, o restando inutile un tale Edifizio, ne rimane senz'altro pregiudicato in questa parte il diritto alla pubblica abbondanza» (OMBROSO, *Thesaurus*, cit., t. XII, dec. 37, nn. 50-51, pp. 369-370).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

genericità, possa lasciare a chi la applica un indefinito margine di apprezzamento, l'espropriato non subisce mai una vera e propria «ablatio», ma viene piuttosto surrogato, attraverso l'intervento del giudice, nel compiere un atto cui è legalmente tenuto. Come scrive Iacopo Menochio a proposito di un privato costretto a vendere alla *civitas* il suo frumento ad un prezzo politico in epoca di carestia, egli «non potest dici gravatus, si facere debet, id quod facere tenetur» (347); il «gravamen», infatti — cioè, diremmo oggi, il sacrificio derivante dall'incisione della sua sfera soggettiva — non essendogli imposto dallo «iudex», ma direttamente dalla «lex». Mentre si rimarchi ancora la posizione di formale 'imparzialità' conservata dal magistrato nell'atto di dichiarare espropri di questo tipo — che al pari di quelli di utilità privata sono sempre pronunciati a favore di un terzo (*fiscus, civitas* o altro portatore d'interessi collettivi che sia), e non dell'espropriante stesso.

Considerazioni analoghe valgono a proposito della potestà magistratuale di imporre prestazioni personali o pecuniarie. La premessa da cui muove tutta quanta la dottrina è che il magistrato, sprovvisto com'è della capacità di disporre dei diritti dei terzi, non è assolutamente legittimato ad imporre nuovi 'munera' di alcun tipo, e nemmeno ad alterare quelli dovuti sulla base della legge, della consuetudine, dello statuto locale o della volontà del principe. Tale diritto compete infatti solo al sovrano «ratione supremae potestatis» (ovvero sulla base di quell''imperium absolutum' che già Baldo aveva distinto così nettamente da quello, *merum* e *mixtum*, proprio dei magistrati), si numera tra le regalìe riservate, e può essere acquisito dall'*inferior* solo grazie ad una specifica 'communicatio' (348).

---

(347) Si tratta del cons. 137, cit., n. 23. Nè rileva il fatto che la norma «quae tenet» sia qui di fonte esclusivamente dottrinale — come ammette lo stesso Menochio — giacchè l'*officium iudicis* supplisce all'assenza di una vera azione civile, attribuendo rilievo giuridico immediato a certi obblighi non scritti di solidarietà sociale che impongono di soccorrere i «pauperes» in tempo di carestia.

(348) Il punto è incontroverso. Cfr. comunque, a titolo esemplificativo, AMAYA, *Commentarii*, cit., *ad l. Omnes pensitare, C. De annonis et tributis* (C. 10,16,4), nn. 5-9, pp. 144-45; C. KLOCK, *Tractatus nomico-politicus de contributionibus Imperii germanici* (1632), Francofurti, 1655, cap. III, nn. 154-155, p. 76; D. BALMASEDA, *De collectis et tributis*, Lugduni, 1692, q. 2, nn. 2 ss., p. 5. Al principio or enunciato non contraddice

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

D'altra parte, non per questo il magistrato è esentato dal compito di far osservare a ciascuno i suoi doveri di legale obbligato verso il *fiscus principis*, la comunità territoriale o la qualunque altra cassa pubblica legittimata a pretendere prestazioni di qualunque natura — compito che rientra in pieno nella sua mansione istituzionale di garante del rispetto del diritto. La sua impotenza, rilevano in proposito i giuristi (349), riguarda l'imposizione delle c.d. spese «voluntariae», non previste, cioè da alcuna norma previgente e quindi suscettibili di cadere in obbligazione solo a seguito del mutuo consenso dei gravati stessi o di un atto d'imperio sovrano; ma ogni altra prestazione «necessaria», fondata «vel ratione ipsa vel lege ac principe imperantibus» (350), può e deve esser pretesa da lui «ratione iurisdictionis civilis, et ordinariae» (351), sulla base del medesimo titolo che lo legittima a condannare chiunque alla esecuzione di un qualsiasi obbligo giuridico (352).

---

il fatto che in tutti gli ordinamenti d'antico regime sia riconosciuta una ampia potestà impositiva agli organi deliberativi delle *civitates subiectae*, giacchè — spiega la miglior dottrina — la 'collecta' comunitativa ha un fondamento privatistico ed una natura 'condominiale' («ex mutua contribuentium conventione ac voluntate, atque ita in vim taciti pacti subsistit, nec ullum arguit imperium»: così ancora KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. V, n. 104, p. 151; a cui si può aggiungere, a titolo di campionatura della dottrina precedente, N. FESTASIO, *De aestimo et collectis*, in *Tractatus universi iuris*, t. XII, n. 8, f. 177 r.; E. TOMATI, *Tractatus de muneribus patrimonialibus, seu collectis*, Lugduni, 1588, rubr. *Sane si negotium*, n. 28 ss., pp. 478-481; LOSEO, *De iure universitatum*, cit., pars III, cap. IX, p. 153 ss.); riducendosi essa ad una semplice «distributio quae fit inter ipsos vicinos, et quam conferunt cives pro suis necessitatibus sublevandis pro viribus singulorum» (AMAYA, loc. ult. cit., n. 12).

(349) Per es. P. ANTIBOLO, *De muneribus*, in *Tractatus universi iuris*, t. XII, n. 4, f. 21 v., dopo aver scorporato la figura del Prefetto pretorio (che si presuppone *vice regis* entro il territorio affidatogli) rispetto a quelle dei giudici inferiori.

(350) Tale definizione della spesa (comunitativa) «necessaria» è offerta dalla giurisprudenza civile (cfr. SAVELLI, *Summa*, t. IV, § '*Universitas*', n. 17, p. 478), che la deriva dalla comunione necessaria di beni per applicarla ai problemi dell'amministrazione cittadina. Essa è suscettibile di molti tipi di utilizzo (per es. serve a Loseo a distinguere quali collette civiche non richiedano la preventiva approvazione del principe e quali invece sì: loc. ult. cit., pp. 152-153).

(351) Di nuovo KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. III, n. 176, p. 76.

(352) Essendovi una differenza solo procedimentale (ma non sostanziale) tra il caso puramente civilistico (poniamo), in cui il giudice impone la colletta ai membri di una certa comunità dietro domanda di un creditore della stessa che non ha trovato nel di lei patrimonio sufficiente capienza per soddisfarsi (LOSEO, *De iure universitatum*, pars

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

E siccome allora negli ordinamenti d'antico regime la norma impositiva è spesso formulata in maniera generica, subordinando il sorgere dell'obbligazione al verificarsi di presupposti che devono essere accertati di volta in volta con ampio apprezzamento discretivo; il magistrato si trova sovente investito di una notevole capacità decisionale in ordine all'*an*, al *quantum* e al *quomodo* dell'obbligo stesso.

Si pensi esemplarmente alla manutenzione delle strade pubbliche: la quale, per un principio pressochè universalmente osservato, non grava sulle casse fiscali, ma essenzialmente sulle tasche di coloro che di volta in volta si ritiene traggano un vantaggio più diretto da questi beni d'uso comune (353). Tale regola — formalizzata, secondo la dottrina, da alcuni testi romanistici (354), ed ovunque poi specificata da apposite norme di *ius proprium* — è fatta osservare dai magistrati 'edilizi' a ciò preposti. L'attività da essi espletata consiste, in questi casi, nell'accertamento preliminare ed *ex officio* del presupposto impositivo (cioè nella dichiarazione della «necessitas» della «refectio aggeris» o «viae», sulla base di perizie tecniche); a cui consegue la levata dell'onere, che può risolversi ora nell'imposizione di un obbligo 'di risultato', ora nella levata di una contribuzione finanziaria. Nessun dubbio, quindi, — per usare le parole di un giudice settecentesco — che «quanto è vero che i Magistrati non possono imporre alcuna nuova colletta, nè aumentare le solite..., altrettanto sia vero che un Magistrato può repartire qualunque, benchè gravissima spesa sopra e fra quelle persone a di cui vantaggio

---

III, cap. VIII, n. 9) e quello del magistrato che si attiva d'ufficio per ripartire una contribuzione il cui introito va a beneficio del fisco.

(353) Siano essi, a seconda dei casi e del tipo di strade, semplici privati proprietari di fondi limitrofi o comunità territoriali (cfr. per es., per la prassi romana, BRUGIOTTI, *Epitome iuris viarum et fluminum*, cit., cap. IV; o, per quella toscana, la ricostruzione di MANNORI, *L'amministrazione del territorio*, cit., p. 91 ss.). Stesso discorso vale anche per altre opere pubbliche, come argini, talvolta mura ecc.

(354) Come la l. *Omnes provinciarum rectores, ff. De operis publicis* (C. 8,11,12) secondo la quale i rettori di ogni città provinciale sono tenuti a collettare gli abitanti «pro viribus singulorum» per la costruzione delle opere pubbliche; o la *l. Per Bithyniam, ff. De immunitate nemini concedenda* (C. 10,25,2), in forza della quale «possessores in reparatione publici aggeris et coeteris huiusmodi muneribus pro iugerum numeros vel capitum quae possidere noscuntur, dare cogantur».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vien fatto un lavoro» (355). Ciò non cambia, tuttavia, la natura sostantiva dell'attività magistratuale; che sempre si risolve nel dichiarare un obbligo legale preesistente, e che come tale (lo vedremo tra breve) si svolge secondo forme tipiche della funzione giurisdizionale *tout court*.

Vi sono, da ultimo, una serie di ipotesi in cui il magistrato può effettivamente colpire il suddito con un provvedimento costitutivo di una situazione per lui svantaggiosa, senza che sia peraltro configurabile a carico di questi alcun obbligo legale perfetto o perfettibile relativo alla tenuta del comportamento imposto o alla disposizione del diritto soppresso.

Per quanto numerosi e frequenti, però, questi casi vengono per lo più ricondotti ai principii generali della funzione giudiziaria, oppure presentati come ipotesi tipiche, autorizzate specificamente da qualche norma di diritto comune.

Il fine remoto dell'attività giudicante — per es. —, consistente nell'evitare che «partes ad arma veniant», si presta benissimo a giustificare provvedimenti variamente restrittivi della libertà personale di natura preventiva (356); una costituzione tardo-imperiale che prescrive l'espulsione degli eretici dalla città «ne aliqui corrumpan-

---

(355) Così una 'volante' della Rota senese emanata nel 1772 in margine a certi lavori di manutenzione e potenziamento dell'acquedotto urbano di Fontebranda a cura del Magistrato di Biccherna (registrata come dec. 10 del t. 88 di una raccolta di volanti dal titolo *Decisiones almae Rotae florentinae*, esistente presso la biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze). La sentenza ribadisce comunque la regola per cui il magistrato non può variare la forma consuetudinaria di riparto dell'onere, accogliendo la domanda di sgravio di un gruppo di privati.

(356) Come quello, tipicamente, con cui lo 'iudex' proibisce a taluno di transitare per certi luoghi (si tratta ancora una volta di una opinione comune fatta risalire per lo più a Bartolo e dotata di un solido fondamento normativo nella *l. Congruit, ff. De officio Praesidis*, che affida appunto al *Praeses* «ut pacata et quieta sit provincia quam regit»: Rocco. *De officiis*, rubr. XV, n. 1, p. 393; ma cfr. pure, tra i tanti, Asinio, *De executionibus tractatus*, cit., capp. 123-126, f. 56 r. e v.; Da Ponte, *De potestate Proregis*, cit., tit. I, n. 11 ss., p. 5). Dallo stesso principio si fanno derivare molti altri corollari del medesimo genere, come quello di reprimere le risse e gli 'scandala', di obbligare le parti a transigere, di «extorquere» cauzioni «de non offendendo» ai congiunti dei banditi (così, per es., P. Cavallo, *Resolutionum criminalium centuriae duae*, Venetiis, 1607, casus 149, n. 3 ss., p. 35), ecc.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tur» (357) viene regolarmente utilizzata per legittimare la «eiectio de civitate» degli infetti in tempo di peste, o delle donne di malaffare da un certo quartiere (358); la facoltà, da sempre riconosciuta al 'Praefectus urbi', di «proicere» le «putridas carnes» e i «corruptos pisces» dai luoghi di mercato nell'esercizio delle sue funzioni di polizia alimentare serve da base per costruire analogicamente il diritto del «magister sanitatis» di «comburere» i beni degli appestati a loro spese (359), e via di seguito.

Esplicitamente finalizzati più alla prevenzione che alla repressione, tali provvedimenti presentano una stretta affinità sostanziale con quelli 'amministrativi' dell'età contemporanea. Solo che essi non vengono presentati dalla cultura giuridica come il prodotto di una potestà concorrente a quella di giudicare, ma si collocano piuttosto in certe zone grige, marginali rispetto ad essa; zone di cui non interessa più di tanto esplorare attentamente la natura dogmatica, ma a cui conviene lasciare semplicemente una certa elasticità, per poter così 'coprire' tutte le evenienze della vita man mano che esse si presentino. In quel «iusdicentis officium» che il giuresconsulto romano definiva solennemente «latissimum» — concludono in sostanza i nostri giuristi – possono trovar posto anche queste facoltà eccezionali, senza che ci sia bisogno di lambiccarsi troppo attorno alla loro essenza funzionale.

14. Queste osservazioni ci introducono al punto più delicato della nostra analisi: cioè allo studio dei procedimenti volti a produrre quegli atti a contenuto imperativo di cui si è appena finito di dire.

Il problema da affrontare può essere così riassunto. Premesso che per costringere qualcuno a fare (prestare, permettere, non fare) qualcosa è evidentemente necessario un titolo esecutivo, cioè un atto

(357) Si tratta della *l. Nullus, C. De Summa Trinitate*, (C. 1,1,2), la quale peraltro non contiene veramente l'espressione indicata nel testo, che ne costituirebbe comunque la *ratio* implicita secondo la dottrina.

(358) Cfr. BALDO, *in l. Nullus*, cit., n. 6; B. CIPOLLA, *De servitutibus rusticorum praediorum*, Venetiis, 1563, cap. IX, nn. 20-21; RIPA, *De peste*, cit., rubr. *De remediis ad curandam pestem*, nn. 1 e 2, f. 60 r.

(359) Così ancora RIPA, loc. cit., nn. 45-46, f. 60 v.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

formale che autorizzi il pubblico ufficiale all'impiego della forza per vincere eventuali resistenze; mentre negli ordinamenti contemporanei (nonché in quelli c.d. 'a diritto di polizia') tali titoli esecutivi pubblici sono di due specie (giurisdizionali ed amministrativi), negli ordinamenti di cui ci occupiamo la cultura giuridica riesce a percepire lucidamente l'esistenza di titoli esecutivi di un unico tipo, approssimativamente affini a quelli giurisdizionali attuali (eccezion fatta per l'*actus principis*, che essendo appunto peculiare al sovrano sfugge alla capacità dei suoi apparati). E tali titoli, contrariamente a quelli che le amministrazioni pubbliche di oggi producono in via breve a proprio favore, possono essere confezionati solo attraverso quel procedimento altamente formalizzato che i giuristi definiscono 'ordo iudiciorum'.

A differenza, infatti, dell'atto a fattispecie edittale di cui si è detto sopra, che, essendo diretto a portare a conoscenza del pubblico le norme di decisione, si colloca a monte del processo ed è perciò stesso esentato dal rispetto delle sue regole; l'atto esecutorio concreto si pone proprio come il fine ultimo dell'attività del giudice, e risulta perciò soggetto al diritto processuale, qualificandosi nei termini di una 'sentenza'.

Ciò non significa, naturalmente, che i procedimenti di rilevanza 'amministrativa' si svolgessero effettivamente, nello Stato giurisdizionale, come veri e propri processi; e neppure che la cultura giuridica non avvertisse l'esigenza di esonerare l'attività degli apparati dal rispetto delle forme dell'*ordo*, quando essa fosse diretta al conseguimento di fini di pubblica evidenza. Solo che la dottrina, non disponendo di alcuna dimensione alternativa, rispetto a quella processuale, entra cui collocare questa attività, la ricomprende negli schemi di questa, elaborando a suo favore una serie di deroghe ai principii del processo.

I principii generali da 'vincere' erano in sostanza quelli che condizionavano l'efficacia tipica dell'atto concreto di pubblico potere — cioè la sua esecutorietà — ai seguenti elementi:

1) che esso fosse un atto 'imparziale', cioè diretto a soddisfare principalmente non l'interesse del suo autore, ma quello delle parti che ne avessero fatto richiesta;

2) che esso fosse reso solo dopo un contraddittorio formale;

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3) che esso non fosse impugnato nei termini, ovvero che fossero esaurite tutte le vie di impugnazione concesse contro di lui.

Non occorre un lungo discorso per capire come queste regole generali — ancor oggi alla base del diritto processuale — risultassero ben difficilmente compatibili con la speditezza quasi sempre richiesta per soddisfare efficacemente i pubblici interessi. Ad ognuna di esse, perciò, dottrina e prassi introdurranno una serie di importanti limitazioni: senza mai pervenire, tuttavia — come vedremo —, ad escluderne *a priori* l'applicabilità nell'àmbito di alcun settore del pubblico apparato.

14.1 Il primo dei principii-quadro su menzionati è quello che meno osta, in effetti, allo sviluppo di una attività materialmente amministrativa nelle forme della giurisdizione, giacchè da sempre si ammette — in deroga alla norma generale: «iudex officium suum impartire non debet nisi petentibus» — che il magistrato possa invece attivarsi autonomamente quando si tratti di realizzare una «publica utilitas» (lo si è visto ampiamente studiando la sistemazione bartoliana) (360).

Certo, la dottrina si rende ben conto di come l'attivazione spontanea dell'agente possa revocare in dubbio quel carattere della «obbiettività» che si vuol connaturato all'esercizio di ogni potere magistratuale. E ciò è così vero che una gran parte della riflessione processualistica medievale e moderna può essere ricondotta appunto al tentativo di risolvere teoricamente questa contraddizione (361). È comunque evidente che la coscienza giuridica intermedia colloca l'essenza della 'giurisdizionalità' non tanto nel modo in cui è avviato il procedimento, quanto nel come esso viene poi sviluppato e

(360) Nell'ambito della quale una intera sezione di 'iurisdictio' — il 'merum imperium' — è destinata appunto a contenere fattispecie procedimentali di tipo inquisitorio.

(361) Tale tormentato dibattito è stato recentemente ripercorso dal già citato lavoro di DEZZA, *Accusa e inquisizione*, *passim*. Si tratta in ogni caso di una discussione accademica del tutto incapace di turbare i tranquilli sonni dei pratici. I quali, da un secolo all'altro, se la cavano riproponendo alcuni triti costrutti retorici (come quello, per es., di origine canonistica, che parificando la «fama publica» alla persona dell'attore o dell'accusatore, rivendica anche al rito inquisitorio il carattere di «actus trium personarum»: così, per tutti, ancora MARANTA, *Speculum aureum*, cit., pars II, nn. 3-4).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

concluso. Quel che conta davvero, ai fini della sua configurabilità come 'processo' (e quindi della sua legittimità) è che la sua fase centrale sia aperta alla partecipazione dei destinatarii dell'atto, ammettendoli a verificare, in un dibattito contraddittorio, la conformità della pronuncia che si vuol emanare rispetto al diritto obiettivo (362).

Piuttosto, c'è da dire che la dottrina, pur associando la procedibilità d'ufficio al perseguimento di un pubblico interesse (363), identifica essenzialmente quest'ultimo con quello relativo alla repressione dei reati: ammettendo perciò l'ordinarietà dell''inquisitio' nell'ambito dei procedimenti criminali, ma riconoscendo in ogni causa civile una vertenza presuntivamente privata e dunque soggetta al principio: «iudex sine actore circa litem privatam nihil decernat» (364).

D'altro canto, già il diritto romano introduceva importanti

---

(362) Anche la teoria processualistica di oggi, del resto, non ritiene sufficiente ad escludere la configurabilità di un 'processo' il mero fatto «che uno dei due contraddittori sia l'autore stesso dell'atto»: richiedendo soltanto, «in tal caso, che esso sia posto dalla norma durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento, quand'egli sia organo munito di imperio) sullo stesso piano del proprio contraddittore, in una posizione che sostanzialmente corrisponda e si equivalga alla posizione di costui» (E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale), ad vocem* in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1968, p. 1072 ss.).

(363) Cfr. ancora, in termini teorico-generali, il commento bartoliano alla *l. Dies cautioni, § hoc autem iudicium, ff. De damno infecto* (D. 39,2,4,§ 8) n. 2.

(364) Cfr. indicativamente, per una sistemazione tipica della piena età moderna, S. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticarum*, (1596), Venetiis, 1648, L. I, cap. 68, p. 205 ss. Ove, riproponendo una distinzione da gran tempo tralatizia, si avverte che «de iure» la regola sarebbe sempre quella della procedibilità solo ad istanza di parte, con sei eccezioni (e cioè: «ubi versatur publica utilitas», «ubi interest honoris iudicis», nelle cause delle «personae miserabiles», nei casi in cui è stato contratto matrimonio in costanza di impedimenti dirimenti, «in omnibus casibus notoriis», «in criminalibus quando praecedit publica diffamatio»); mentre «de consuetudine» ormai si può procedere d'ufficio in tutti i delitti, e soltanto «in civilibus» continua a valere il principio generale su menzionato, con alcuni limiti. (I pratici preferiscono spesso, tuttavia, continuare a mantener ferma la regola generale dell'istanza necessaria, elencando di seguito le eccezioni — sia in materia criminale che civile — cui essa è soggetta: così, per es. ASINIO, *De executionibus tractatus*, cit., f. 35 ss.). La sistemazione resta sostanzialmente immutata fino al pieno Settecento (cfr. G. H. WVRZAEV, *Dissertatio iuridica de iudice procedente ex officio in processu civili*, Halae Magdeburgicae, 1732, *passim*).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

temperamenti alla regola (per es. autorizzando il giudice alla nomina del tutore anche senza la sollecitazione di alcuno, ed imponendogli di farne valere d'ufficio la responsabilità tramite un'apposita *actio*). Mentre, soprattutto, tutta la legislazione di *ius proprium* già a partire del medioevo trabocca di norme che abilitano le magistrature addette alla cura dei pubblici bisogni a verificare «ex officio» il rispetto delle più varie prescrizioni di rilievo 'amministrativo', indipendentemente dal fatto che la loro inosservanza risulti penalmente sanzionata o meno (365). In questo secondo caso l'attivazione spontanea si intende semplicemente finalizzata alla emanazione di ordini (di cessare, di fare, di ridurre in pristino ecc.), alla dichiarazione di fatti di decadenza, alla revoca di benefici precedentemente concessi, alla levata di oneri e così via — cioè, appunto, alla produzione di provvedimenti ad efficacia civile.

Prendendo atto di questa realtà, i giuristi dell'età moderna, pur continuando a considerare eccezionale l''inquisitio in civilibus', ampliarono gradualmente l'area dei procedimenti d'ufficio di diritto comune, fino a comprendervi molte fattispecie non consistenti nell'esercizio di poteri punitivi, ma nella tutela e promozione diretta di pubblici interessi.

---

(365) Così, tipicamente, i magistrati addetti al rispetto delle norme di polizia urbanistica sono regolarmente abilitati ad «ex eorum officio procedere et inquirere» contro chi occupa illegittimamente i beni pubblici, con piena facoltà sia di «rompere, mozare, tagliare e ruinare ogni cosa che occupasse strade, piazze, vicoli e fiumare», sia di «poenas et banna imponere et exigere ex eorum officio, summarie et de plano, sine strepitu et figura iudicii et sine aliquo accusatore» (così, in particolare, gli statuti quattrocenteschi dei «magistri viarum» di Roma, rispettivamente nella versione del 1452 (testo pubbl. da E. Re, *Maestri di Strada*, in *Archivio della società romana di storia patria*, XLIII (1920), p. 88 ss., art. 1) e del 1410 (testo in C. Scaccia Scarafoni, *L'antico statuto dei magistri stratarum e altri documenti relativi a questa magistratura*, in *Archivio della società romana di storia patria*, L (1927), p. 268 ss., art. 3). La procedura inquisitoria, comunque non è mai completamente sostitutiva, anche in queste materie, di quella accusatoria, ma tende di solito a cumularsi con essa: lasciando alla prassi il compito di definire concretamente in quali ipotesi il magistrato dovesse attivarsi d'ufficio ed in quali altre potesse invece attendere una sollecitazione esterna (cfr. ancora esemplarmente lo statuto ult. cit., che conferisce ai 'magistri' la competenza di conoscere e definire «omnes quaestiones et causas vertentes et quae verterentur ... coram eis et eorum officio vel per inquisitionem, vel per denuntiationem, vel per accusationem seu per querelam et petitionem sive ex officio ipsorum... de via publica vel vicinali occupata vel appropriata» (art. 4)).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ecco che la dottrina più tarda accetta ormai senza incertezze il principio della procedibilità d'ufficio in corrispondenza di tutte quelle fattispecie per le quali il *Corpus iuris* concede un'*actio popularis*, poichè in casi del genere l'interesse pubblico ricorre per definizione. In tal modo essa giunge ad affermare, per esempio, la conformità ai principii generali dell'ordinamento di tutte le onnipresenti norme di diritto proprio che attribuiscono ai magistrati 'edilizi' l'autorità di ordinare autonomamente sgomberi, demolizioni e simili a tutela del pubblico ornato — ancorchè gli abusi corrispondenti non diano luogo a responsabilità penale da parte del suddito (366). Altre volte, per giustificare lo stesso risultato, ci si richiama a principii più generici — come quello, già ricordato, per cui il giudice non può ammettere che i sudditi si rendano giustizia da soli: il che legittima la sua attività spontanea di polizia preventiva (367) —, oppure alla specifica configurazione di certi magistrati romani — come il 'Praefectus urbi', che deve «diligenter inquirere» «super necessitatibus civitatis et civium subditorum, maxime tempore caristiae et necessitatis, compellendo dominos ad vendendum frumentum et annonam iusto pretio» (368) —. Mentre un'altra regola molto

(366) Così, ad es., D. ANTUNEZ PORTUGAL († 1677), *Tractatus de donationibus, iurium et bonorum Regiae coronae*, Lugduni, 1688, L. II, cap. III, nn. 49-50, p. 17 (appoggiando tale conclusione — anche se probabilmente a torto — al commento baldiano della *l. Item lapilli, ff. De rerum divisione* (D. 1,8,3), e D. ZAULI, *Observationes canonicae, civiles, criminales et mixtae non solum statutis civitatis Faventiae, sed iuri communi accommodatae*, Romae, 1724, ad rubr. *De viis publicis*, nn. 5-6, p. 164. Si noti comunque che la potestà dello 'iudex' di «demolire... quicquid factum fuit in via, quod publicum laedat», non assorbe e non cancella il diritto spettante a *quisquis de populo* di agire «ex interdicto» contro gli «occupatores».

(367) Così ancora, per es., ASINIO, *Tractatus de executionibus*, cap. 109, p. 62, appoggiandosi sempre alla teorica di Bartolo circa il diritto del giudice di «compellere partes ad pacem», o SCACCIA, *Tractatus de iudiciis*, loc. ult. cit., n. 9 che ipotizza, quale tipico caso di «inquisitio ex mero officio» quello in cui «ad aures iudicis pervenisset, iure aliquo serpere nonnullas occultas factiones, et inimicitias, ex quibus timeri debeat, ne tota civitas turbetur, armisque sublevetur». Per lo stesso ordine di motivi il giudice «inquirit contra frequentatores tabernarum, contra lusores ad ludos prohibitos et contra frequente rixantes et portantes arma et contra homines deambulantes per plateas et vicos, qui sunt iuvenes sine arte, et non laborant, nec habent redditus, et vadunt bene vestiti. Nam praesumitur de eis omne malum...» anche quando il loro comportamento non concretizzi un reato (MARANTA, *Speculum aureum*, loc. ult. cit., n. 202, p. 300).

(368) *Ibidem*, n. 181, p. 298; e così pure SCACCIA, *Tractatus de iudiciis*, loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

citata è quella secondo cui il 'Procurator Caesaris', o, all'occorrenza, lo stesso giudice ordinario, in grazia di uno speciale 'favor fisci', debbono «inquirere de iuribus principis» e «de omni pecunia fisco applicanda» (369); nonchè costringere «ex mero officio» la *civitas* alla levata di una contribuzione ogni qual volta ciò sia richiesto per far fronte ad una spesa necessaria (370).

In sostanza, dunque, la cultura giuridica non ostacolò in nessun modo il processo espansivo della formula inquisitoria (che era in tutto e per tutto una sua creatura) al di fuori dell'area strettamente penalistica. Dopo esser risultata estremamente più efficiente della procedura 'ad partis instantiam' sul terreno della repressione penale, a maggior ragione si trovò naturale impiegarla per soddisfare in concreto quei pubblici interessi che la logica dirigistica dello Stato assoluto non accettava più di abbandonare alla casualità dell'iniziativa individuale. Quella «action d'office» in cui la giuspubblicistica contemporanea ha indicato talvolta il carattere più saliente dell'odierno potere amministrativo (371) non è altro, in realtà, che un precipitato storico del sistema inquisitorio di diritto comune.

Da ricordare, del resto, come, essendo la rappresentanza in giudizio degli interessi pubblici affidata, presso gli apparati centrali di maggior rilievo, ad appositi procuratori fiscali, ciò consentiva di tener separata formalmente, almeno a questo livello, la funzione propriamente giudicante da quella d'impulso, come sovente i giuristi tengono a precisare.

Altre ipotesi per certi versi analoghe sono quelle dello 'iudex' che *ex officio* «cogit civitatem ut faciat sindicum» (già formalizzata da Bartolo nel suo commento alla *l. Ergo, § creditoribus, ff. De fideicommissariis libertatibus* (D. 40,5,1,§ 9), e richiamata da ASINIO, *Tractatus de executionibus*, cap. 198, p. 77), o quella della 'inquisitio' «ad faciendum sepeliri defunctum cogendo haeredes ex officio ut ipsum sepeliant» (MARANTA, *Speculum*, loc. ult. cit., n. 198, p. 292).

(369) Si tratta (secondo PELLEGRINI, *De privilegiis et iuribus fisci*, cit., L. VII, tit. III, n. 8, f. 154 r.) di uno degli innumerevoli privilegi giudiziarii riconosciuti di diritto comune al fisco. Cfr. anche MARANTA, *Speculum*, loc. ult. cit., n. 137, p. 294.

(370) LOSEO, *De iure universitatum*, cit., pars III, cap. IX, n. 6, p. 157.

(371) Così per es. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* (1892), Paris, 1921, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14.2 Assai meno facile, invece, risulta la giustificazione teorica delle deroghe al principio del contraddittorio necessario, che costituisce una delle pietre d'angolo del modello di potere costruito dai giuristi medievali.

Se è vero, in effetti, che a favore del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni milita sempre una presunzione favorevole («praesumitur pro iudice, quod sit bonus, et recte faciat ea quae officio suo incumbunt»), il cui effetto è di porre a carico del suddito l'onere di provare l'ingiustizia del danno subito (372); essa viene però neutralizzata completamente quando «magistratus non debito ordine, vel ex abrupto, vel parte non citata .... procedit, et possidenti suam possessionem aufert» (373). In questo caso, infatti, «cessat haec pro illo praesumptio quod iuste fecerit aut processerit, et potius contra eum praesumitur» (374); con la conseguenza, in particolare, di parificare a tutti gli effetti lo spossessamento in esecuzione di un ordine magistratuale illegittimo allo spoglio subito ad opera di un privato, e di legittimare quindi lo «spoliatus a iudice» a chiedere la restituzione immediata nello *status quo antea* tramite l'interdetto «unde vi», senza bisogno di offrire la prova del suo diritto (375). La forza esecutoria dell'atto di

(372) Per tutti cfr. A. Alciato, *De praesumptionibus* (1551), in *Tractatus universi iuris*, t. IV, reg. 3, praes. 10, n. 1, ff. 332 v. e 333 r.: «hic est — aggiunge il giurista milanese —, quod si aliquis succubuit per sententiam iudicis praesumitur habuisse malam causam».

(373) Così Stryk, *De praesumptione pro magistratu*, cit. cap. III, n. 5, col. 654.

(374) *Ibidem*. Significativo, per noi, che il giurista fondi questa conclusione di carattere generalissimo proprio su di un testo destinato a regolare i rapporti giuridici tra i sudditi e il *fiscus principis* (cioè sulla *l. Defensionis, C. De iure fisci*, (C. 10,1,7), su cui dovremo più oltre intrattenerci specificamente), che garantisce ai privati il rispetto delle garanzie processuali essenziali anche quando il loro contraddittore sia appunto il sovrano stesso.

(375) Sul punto cfr., tra i tanti, Iac. Menochio, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione* (1571), Genevae, 1687, remed. VIII, p. 366 ss. e S. Scaccia, *Tractatus de appellationibus*, Romae, 1612, cap. II, q. 17, limit. 6, memb. 6, p. 562. La base normativa di questa dottrina è costituita dalla *l. Meminerint, C. Unde vi* (C. 8,4,6), ove si delinea la fattispecie di uno spossessamento realizzato da un privato ai danni di un altro in forza di un atto giudiziario o di un rescritto ottenuti senza l'osservanza delle forme processuali. Va da sè che il rimedio non viene concesso in costanza di un qualsiasi vizio di forma (che pur invalidando l'atto non basta a togliergli il carattere dell'imperatività, ma legittima semplicemente il suddito ad appellarsi contro di esso), bensì soltanto quando il giudice abbia proceduto «extraiudicialiter» ed omettendo del tutto la cita-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico potere, in sostanza, viene meno non appena ad esso facciano difetto i requisiti minimi della 'giurisdizionalità'.

Iscritta sul frontespizio stesso dello statuto del potere, questa regola ha una validità generalissima, concernendo indistintamente tutti i titolari di pubblica autorità in senso proprio (376). L'unico soggetto che vi si sottrae entro certi limiti è, al solito, il principe — ma anch'egli più per motivi di ordine pratico che dogmatico (377). Non solo: ma essa si estende a qualsiasi fattispecie di esercizio di potestà, giacché «omnes et quoscumque actus qui fieri possunt seu tendunt in praeiudicium alicuius, sive fiant ante iudicium, sive in

---

zione. L'azione beninteso, per la sua stessa natura processual-civilistica, «competit contra partem, et non contra iudicem» (SCACCIA, loc. ult. cit.), nel senso che è diretta contro colui che ha ottenuto illegittimamente l'immissione nel possesso, e non contro il magistrato che quell'immissione ha concesso, in quanto «factum iudicis, qui nulliter processit, reputatur factum partis» (*ibidem*). Ciò non toglie, però, che il rimedio trovi modo di essere ampiamente impiegato anche sul terreno pubblicistico, dirigendosi appunto contro il soggetto pubblico che, volta volta, abbia tratto vantaggio dall'ordine magistratuale (i contribuenti, tipicamente, possono esperirla contro il fisco che si sia indebitamente arrichito da una imposizione levata «de facto» dal magistrato a ciò preposto, poichè «quamvis Executio iuris nullam iniuriam importet... attamen Executio, quae sine assistentia et ordine iuris sit, omnino in se iniuriam habet»: KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. XIX, nn. 307-308, p. 501).

(376) Lo rimarca con forza Samuel Stryk, osservando che essa vale per ogni «magistratus» — vocabolo col quale «omnes comprehendamus qui vel summo in republica iure utuntur, vel potestate ab his dependente gaudent, et hanc vel in administrandis officiis publicis, vel in iure dicendo exercent» (*De praesumptione pro magistratu*, cit., cap. I, n. 3, col. 625).

(377) Il problema della soggezione o meno del principe al principio della *citatio-defensio* resta una delle questioni più controverse del diritto pubblico intermedio e come tale richiederebbe uno specifico approfondimento che qui non può trovar posto. Basti ricordare che, mentre a livello teorico generale ben pochi sono i giuristi che osino sostenere la non-applicabilità della regola alla attività autoritativa del sovrano (cfr. riassuntivamente ancora MENOCHIO, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, cit., remed. VIII, n. 50 ss., p. 370 ss.), e benchè in genere anche la giurisprudenza concordi con tale orientamento (cfr. GORLA, «*Iura naturalia*», cit., pp. 639-640); nella prassi non è affatto infrequente la figura del rescritto o del *motu-proprio* emanato «inaudita altera parte». Figura che si giustifica in vario modo a seconda dei casi (magari rilevando che «sufficit pro validitate actus Principem fuisse informatum ab aliquo Ministro, licet formalitas citationis fuisset omissa»: così Casaregi nella già citata sentenza del 1717, in *Raccolta*, cit., serie seconda, vol. V, n. 35, p. 236) e che la dottrina stessa fa salva in qualche maniera, a titolo di eccezione (cfr. per es. FR. BARONE, *Tractatus de citatione*, Panhormi, 1645, q. 19, n. 51 ss., p. 227 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

iudicio, sive post iudicium, sive extra iudicium» per essere legittimi devono almeno esser preceduti dalla citazione del destinatario (378). Molti sono i casi, certo, in cui il magistrato è facoltizzato a procedere stragiudizialmente e senza citare nessuno — nell'esercizio della volontaria giurisdizione come nell'espletamento dei compiti cui adempie «ex officio nobili, ad publicam utilitatem» (379) —; ma non appena nel corso di queste attività si profili l'evenienza di arrecare a taluno un «grave praeiudicium... tunc actus extraiudicialis mutat naturam, et convertitur in actum iudicialem, et citationem requirit, tamquam actus trium personarum»(380).

La dottrina di diritto comune, quindi, non dispone di alcun principio generale che abiliti gli apparati a 'peggiorare' la condizione di un suddito attraverso un atto di comando puro e semplice, non legittimato dalla partecipazione degli interessati al suo 'farsi' (381). E, viceversa, omologa presuntivamente l'esecuzione di ogni «nudum praeceptum» ad una aggressione privata (382).

Tale presunzione, certo, è vinta a sua volta da una norma di diritto positivo che abiliti il giudice a procedere «absque causae cognitione». È all'esame di tali regole — alcune ricavabili dal diritto romano, altre introdotte dalle legislazioni dei vari ordinamenti, tutte comunque aventi carattere eccezionale — che sono appunto dedicati i paragrafi seguenti.

---

(378) Così G. Uberti, *De citationibus et de modo citandi*, Romae, 1680, cap. XV, n. 1, p. 613.

(379) *Ibidem*, n. 356, p. 647.

(380) *Ibidem*, n. 357.

(381) «Praeceptum iudicis ex abrupto, et causa non cognita factum non tenet, et numquam transit in remiudicatam», «praeceptum factum ab exequutore vel iudice sine causae cognitione et parte non citata dicitur nullum, et iniquum», recita la repertoristica dell'età moderna, consegnando in brocardi come questi tutto il senso di una tradizione plurisecolare (G. Bertachini, (1448-1497), *Repertorium*, Venetiis, 1574, § '*Praeceptum*', pars IV, f. 137 r., Toschi, *Practicae conclusiones*, cit., t. IV, concl. 482, p. 342).

(382) Con ciò, beninteso — e contrariamente a ciò che insinua Bodin — i giuristi medievali non giunsero mai a legittimare la resistenza in via di fatto al potere costituito (Bartolo stesso la ammette solo contro l'agente che non sia in grado di provare la propria qualità di pubblico ufficiale, e non contro il magistrato «irrite procedens»: *ad l. Prohibitum, C. De iure fisci* (C. 10,1,5)); ma ciò solo perchè neppure nei confronti di un qualunque privato è lecito farsi giustizia da soli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

14.3 Le norme in questione presentano un duplice aspetto formale, a seconda che autorizzino il magistrato a seguire procedure semplificate in corrispondenza di particolari fattispecie obbiettive di pubblico rilievo, ovvero che attribuiscano a certi soggetti — tra i quali il più importante è il *fiscus principis* — il privilegio di ottenere l'esecuzione immediata di alcune loro pretese senza che la fondatezza di queste ultime sia stata preventivamente accertata in sede giudiziaria.

Avvicinandoci al primo di questi due gruppi, va ricordato innanzitutto che la processualistica ammette da sempre, e con larghezza, la piena legittimità non solo di procedimenti a contraddittorio abbreviato, ma anche a contraddittorio differito ed eventuale. Si pensi soprattutto alla figura del precetto c.d. monitoriale o giustificato, consistente in un ordine emanato senza la partecipazione del destinatario, ma recante una clausola di stile che abilita quest'ultimo, «si senserit se gravatum», ad opporsi giudizialmente al decreto stesso entro un termine certo, con l'effetto, in tal caso, di neutralizzarne l'efficacia esecutoria risolvendolo «in simplicem citationem» (383). In origine ritenuto legittimo dalla dottrina solo ove «fundatum in iure» (cioè in corrispondenza di fattispecie in cui una norma ne autorizzasse esplicitamente l'impiego) (384), questo procedimento diviene, nel corso dell'età moderna, di applicazione generalizzata; nel senso che — come si esprime un trattatista cinquecentesco — «de consuetudine hodie passim in quacunque materia quaecunque praecepta et monitoria cum praemissa clausula concedi

(383) Il decreto impugnato, infatti, osserva la dottrina, ha avuto il solo effetto di costringere l'ingiunto a costituirsi in giudizio e ad affrontare un comune procedimento di merito volto ad accertare l'esistenza di quegli obblighi che si sarebbe voluto imporgli in via breve col decreto stesso. L'inutile (per l'ingiunto) decorrenza del termine trasforma invece *ipso iure* il precetto in sentenza, esattamente come accade per il decreto ingiuntivo di oggi, che del monitorio è diretta filiazione (per tutti cfr. Q. MANDOSIO (1514-1593), *De monitoriis*, in *Tractatus universi iuris*, t. III, pars II, f. 59 ss., *passim*, e P. FRIDER, *De mandatis et monitoriis iudicialibus sine clausula* (1596), Francofurti, 1660, capp. VI, VII, VIII, IX, p. 34 ss.). Sulle origini medievali dell'istituto, certamente ignoto al diritto romano e, a quanto pare, non retrodatabile oltre il secolo XIII, cfr. in breve G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927 (vol. III, parte II della *Storia del diritto italiano* a cura di P. DEL GIUDICE), pp. 654-658.

(384) Tale, per es., ancora l'opinione di Baldo (*ad l. Nequicquam, § Ubi decretum, ff. De officio proconsulis* (D. 1,16,9,§ 1)).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

consuevere, etiam nulli iuri conformia» (385). A tale prassi la cultura giuridica non trova niente da eccepire, giacchè l'ordine giustificato non esclude affatto l'inderogabilità del contraddittorio per la formazione del titolo esecutivo, ma si limita a rimettere la scelta circa la sua attivazione alla volontà dell'ingiunto — tanto che di fronte ad alcuni grandi tribunali d'antico regime (come l'Auditore di Camera in Roma) (386) la causa civile viene sempre introdotta tramite un decreto monitoriale, onde stimolare il convenuto alla partecipazione al processo (387).

Ora, benchè allo stato delle ricerche nulla o quasi si conosca circa i procedimenti effettivamente seguiti dalle magistrature 'amministrative' d'antico regime per la confezione dei loro atti, sembra sicuro che in parecchi casi esse si ispirassero alla tecnica or descritta. Tecnica che non solo appagava perfettamente lo spirito legalistico degli operatori giuridici, ma che rispondeva assai bene all'esigenza, tipica della società d'antico regime, di trattare col massimo riguardo gli appartenenti ai ceti privilegiati, soprattutto laddove, come spesso accadeva, l'ordinamento definiva solo in maniera approssimativa e generica i diritti e i doveri dei governati. Un saggio impiego dell'ordine 'clausolato' garantiva allora a chi disponeva delle risorse necessarie per adire le vie di giustizia ogni possibilità di difesa, mettendo al coperto i magistrati da spiacevoli responsabilità; mentre consentiva di addivenire subito alla formazione di un titolo esecutivo contro i sudditi meno abbienti.

Nel momento in cui, per esempio, il magistrato 'edilizio' si trovi a realizzare opere pubbliche il cui costo sia da porsi a carico dei soggetti avvantaggiati dalla loro costruzione, è assai comune che egli proceda notificando a tutti i gravati un atto di precetto con assegna-

---

(385) MANDOSIO, *De monitoriis*, cit., q. XVII, n. 7, f. 62 v.

(386) UBERTI, *De citationibus*, cit., cap. II, p. 11; DE LUCA, *Dottor volgare*, cit. L. XV, pars III, cap. 31, n. 17, p. 187.

(387) «Monitoria igitur, sive praecepta — rilevano più in generale i giuristi pratici — quae hodie etiam fiunt ex abrupto cum dicta clausula; habent vim citationis, et sunt idem quod citatio... et nulla alia ratio esse potest, nisi quia continent explicitam vocationem partis in ius iuris experiundi causa» (ancora UBERTI, *De citationibus*, cit., cap. II, n. 7, p. 11; e cfr. anche TOSCHI, *Practicae conclusiones*, cit., t. VI, concl. 482, n. 36, p. 343: «praceptum... dicitur cum causae cognitione, quando partibus fuit assignatus terminus, in qua termini assignatione consistit causae cognitio».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione di termine a ricorrere, contestualmente o preliminarmente al riparto della contribuzione ed alla assegnazione dei lavori ([388]). Mentre in caso di inerzia degli ingiunti la determinazione magistratuale passa «in cosa giudicata» e a tutti è imposto «perpetuo

([388]) In particolare, esempi di questo genere si sono trovati in gran quantità studiando l'amministrazione dei lavori pubblici in Toscana e nello Stato della Chiesa. Nel Granducato, addirittura, la procedura monitoriale era stata legalmente formalizzata, in termini generali, per tutte le opere di arginatura e regimazione di acque pubbliche realizzate dagli Ufficiali dei Fiumi di Firenze, da una disposizione del 1581 (vedine il testo in L. CANTINI, *Legislazione toscana*, Firenze, 1802, vol. X, p. 182 ss.: *Provvisione, et obligo delli Ufiziali de' Fiumi, e loro Ministri*). La scrupolosa osservanza di questo sistema nella prassi fino alla fine del Settecento (MANNORI, *L'amministrazione del territorio nella Toscana granducale*, cit. pp. 199-200) è dovuta probabilmente al fatto che questa categoria di opere era interamente a carico dei proprietari fondiari circonvicini ai corsi d'acqua (secondo quella che si riteneva essere, del resto, la norma di diritto comune in materia: BRUGIOTTI, *Epitome iuris*, cit., cap. II, p. 27): cioè a carico di una categoria di soggetti tendenzialmente abbienti e da trattare quindi con particolare riguardo, nonostante che i contemporanei stessi si rendessero benissimo conto di come tale procedimento comportasse un'estenuante lentezza ed un'incredibile macchinosità operativa.

In Roma, invece, la ricognizione d'archivio ha rivelato che una tecnica analoga spesso veniva impiegata, ancora nel corso del Settecento, per la cura della viabilità extraurbana a carico delle comunità locali. «Confecta solita epistula circularis» a cura del magistrato competente (che era, qui, la Presidenza delle Strade) e notificata preventivamente «omnibus communitatibus contribuere debentibus», ad esse veniva assegnato un termine breve «ut deducerent si quid in contrario haberent, alias dicto termine elapso» il magistrato avrebbe posto mano «ad conficienda laboraria ab Architecto designanda» a norma di statuto (cioè con la partecipazione dei rappresentanti degli interessati alla stima dei lavori, alla assegnazione degli appalti e al riparto della tassa correlativa: G. B. FENZONI, *Annotationes in Statuta, sive ius municipale Romanae Urbis*, Romae, 1665, p. 573 ss., nonchè BRUGIOTTI, *Epitome*, cit. cap. IV, p. 65 ss.).

In caso di ricorso, invece, tutte le eccezioni venivano esaminate in un regolare procedimento giudiziario davanti a un uditore designato dal Preside stesso. A titolo d'esempio, cfr. il testo di uno di questi decreti clausolati, emanato nel 1715: «Dovendosi rifare il Ponte caduto situato nella Strada Consolare fuori di Porta Maggiore vicino alle terre di..., perciò con la presente si fa intendere alli suddetti luoghi, li quali godono, et possono godere, il beneficio del passo per detto Ponte, e che dovranno concorrere alla spesa di esso, che occorrendoli dedurre sopra di ciò cosa alcuna in contrario, compariscono qui in Roma negl'atti dell'infrascritto notaio entro il termine di dieci giorni prossimi e deducono le loro ragioni, altrimenti passato detto termine si farà fare il lavoro del suddetto Ponte tutto a loro spese» (Archivio di Stato di Roma, *Tribunale delle acque e strade*, Busta 322 (la. Officio fiscale), ins. 16, *Tribunale delle strade c. Comunità di Affilli ed altre*, 1717).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

silenzio» (come recita appunto una legge toscana in materia) (389), la costituzione del gravato apre un vero e proprio processo davanti al magistrato sedente come giudice, di norma in contraddittorio con un procuratore fiscale in rappresentanza dell'ufficio, sospendendo l'esecuzione delle opere o il pagamento della tassa correlativa fino alla sentenza (salvo che in corso di causa venga conferita al decreto la provvisoria esecutività per motivi di urgenza).

Certo, continuando a scorrere gli archivi dei nostri magistrati ci si avvede facilmente di come l'adozione di procedure consimili, per quanto non infrequente, è sicuramente meno comune dell'impiego di veri e propri precetti incondizionati, con cui il titolare del potere prescrive ai sudditi in modo perentorio i comportamenti desiderati, di solito sotto sanzione penale, e senza alcuna contestuale citazione o con citazione non ad opporsi, ma a provare l'avvenuto adempimento. Si tratta di provvedimenti che, nella loro elementare struttura morfologica, risultano del tutto omologhi agli 'ordini amministrativi' attuali, e come questi funzionali ad assicurare l'osservanza delle più varie previsioni normative in materia urbanistica, sanitaria, di ordine pubblico ecc.

Ben consapevole che in ogni ordinamento appena evoluto il ricorso ad atti del genere costituisce una necessità imprescindibile, la dottrina dell'età moderna ne ammise abbastanza generosamente l'utilizzo. Solo che, nel far ciò, essa non riconobbe ai cosiddetti precetti 'sine clausula' (così definiti per distinguerli da quelli recanti la formula «si senseris») alcuna autonomia dogmatica rispetto al diritto processuale, riconducendoli senza residui entro la vasta famiglia degli atti giudiziarii provvisionali.

Non è un caso, in effetti, che la sede classica per la discussione teorica sulla legittimità del 'nudum praeceptum' sia costituita dal commento alla *lex De pupillo* del titolo *De operis novi nuntiatione* del Digesto — cioè al testo con cui si legittima il giudice ad emanare un ordine di cessare (nella specie, dalla costruzione di un'opera incoata) al fine dichiarato di non pregiudicare il diritto del terzo finchè la

(389) Cioè la già indicata *Provvisione* del 1581 (p. 184); benchè, a dire il vero, la prassi Toscana non riconosca effetto radicalmente preclusivo alla mancata opposizione degli ingiunti entro il termine, e li ammetta di norma a far valere i loro eventuali diritti anche successivamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

facoltà di edificare non sia stata giudizialmente accertata. Non è qui possibile ripercorrere la tormentata storia interpretativa di questo luogo. Basti ricordare che i giuristi medievali, incondizionatamente fedeli al principio della inderogabilità del contraddittorio, erano propensi a ritenere che anche quest'ordine, al pari di ogni altro mandato giudiziale, potesse valere solo se accompagnato dalla formula «si senseris»: sì che l'opposizione giudiziale dell'*aedificans* avrebbe dovuto risolverne *ipso iure* gli effetti inibitorii (390). Dal momento in cui, tuttavia — forse a partire da Paolo di Castro — si cominciò ad asserire che in questo caso almeno era legittimo l'impiego di un precetto incondizionato (391), le ipotesi di ammissibilità del 'nudum decretum' andarono moltiplicandosi rapidamente (392).

---

(390) Questa, almeno, l'opinione chiaramente enunciata da Baldo, *In Digestum novum*, Venetiis, 1615, *ad l. De pupillo, § Meminisse, ff. De operis novi nunciatione*, (D. 39,1,5,§ 10), n. 2; opinione che secondo Alessandro Tartagni, a cui si deve un commento particolarmente attento ed apprezzato al luogo in oggetto, sarebbe stata condivisa «communiter» dalla dottrina (A. TARTAGNI, *In primam et secundam Digesti novi partem commentaria*, Venetiis, 1570, *ad l. De pupillo, § Meminisse, ff. De operis novi nunciatione*, n. 7 in fine). Non è chiaro però se questo punto di vista fosse condiviso da Bartolo, il cui pensiero in materia risulta di difficile ricostruzione, ed offre motivo di dibattito agli interpreti successivi (sempre secondo Tartagni, in particolare, «de mente Bartoli» il giudice avrebbe dovuto, sì, nunciare sempre allegando la clausola condizionale: ma la comparsa del gravato non avrebbe però avuto, in questo caso, il solito effetto risolutivo, continuando invece il precetto a spiegare i suoi effetti fino alla revoca: opinione da cui comunque ancora Tartagni dissente).

(391) PAOLO DI CASTRO, *In primam Digesti novi partem*, Lugduni, 1548, *ad l. De pupillo, § Meminisse autem, ff. De operis novi nunciatione*, n. 5: «si vero [praeceptum] non affert plenum praeiudicium, vel sit super eo, in quo non requiritur causae cognitio: valet praeceptum, et sibi est parendum in dubio: ut patet, quando citat aliquem ut coram eo compareat: nam etiam causa non expressa teneatur comparere in dubio... Et ideo in casu huius §, in quo non agitur de magno praeiudicio, et in quo non discutitur de iure nunciantis tempore nunciationis, videtur valere praeceptum, etiam si ista clausula non sit apposita».

(392) La dottrina dell'età moderna, infatti, man mano che veniva facendo del monitorio uno strumento di diritto comune, affermò parallelamente la liceità del 'praeceptum ex abrupto' in corrispondenza di quelle ipotesi tipiche in cui il diritto romano contemplava espressamente la facoltà del magistrato di 'incipere ab executione': col risultato, quindi, di autorizzare l'emanazione dell'ordine incondizionato in quei casi in cui invece i giuristi più antichi ammettevano soltanto il ricorso al monitorio (cfr. per es. il commento alla *lex De pupillo* di Francesco Ripa: il quale, difendendo la presunta *opinio Bartoli* «quod non resolvatur prohibitio comparente prohibito» come la più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Accanto al caso in cui l'ingiunto rischiava soltanto un «parvum praeiudicium» — tipico appunto della 'nuntiatio' — ed a quello del *periculum in mora*, la dottrina della prima età moderna riconobbe la piena validità dei «praecepta sine causae cognitione facta circa ea quae pertinent ad officum iudicis» (393). Entro tale categoria già trovavano posto certi provvedimenti strumentali alla attività giudicante (come l'incarcerazione preventiva o gli altri ordini limitativi della libertà personale 'ratione suspecti delicti') (394). Ma in seguito, riconoscendo che l'*officum iudicis nobile* comprende per definizione il perseguimento di ogni scopo di pubblico interesse, si giunge assai naturalmente a legittimare il 'decretum ex abrupto' volto a reprimere le vie di fatto ed i comportamenti «quae nullo iure iustificari possunt, ...propter naturalem causam quod homo homini non insidietur» (395); come pure quello diretto a prevenire «scandala, sedi-

---

conforme alla prassi, rilevava «quod in casibus in quibus non est licitum inchoare iudicium a praeceptis executivis, verum est, quod comparente citato resolvitur praeceptum in vim simplicis citationis... Sed in casibus, in quibus potest inchoare iudicium a praecepto executivo, praeceptum non resolvitur per comparitionem citati, quia praeceptum continet duo praemissa compatibilia». Infatti, «si praeceptum est iustum — com'è per definizione quello autorizzato espressamente dal diritto obbiettivo — non gravat, ergo non debet resolvi, quia deficit conditio, sub qua facienda venit resolutio»: Fr. Ripa, *In primam et secundam Digesti novi partem* (1538), Venetiis, 1575, *ad l. De pupillo, § Meminisse, ff. De novi operis nunciatione*, nn. 23 e 25). In questo modo si finiranno per costruire come precetti incondizionati tutti gli ordini interdittali romani, in cui la dottrina precedente ravvisava tutt'al più dei mandati clausolati (in tal senso cfr., da ultimo, P. Frider, *De interdictis, sive extraordinariis... actionibus*, Francofurti, 1616, comm. XIV, pp. 216-228). «Quando igitur iudex — precisa ancora la processualistica più tarda — decernit praeceptum in casu, quo potest ab eo incipere, non requiritur praedicta clausula si quis, et valet in vim praecepti, et ei parendum est... Si autem vult, potest ex urbanitate eandem clausulam apponere; et tunc si pars non comparet valet in vim praecepti, si vero comparet habet vim citationis...» (Uberti, *De citationibus*, cit., cap. II, nn. 19-21, pp. 12-13).

(393) Cfr., per es., il già citato Ripa (loc. ult. cit., n. 26), o l'insegnamento grosso modo coevo di Giason del Maino (*ad l. Nequicquam, ff. De officio proconsulis et legati*, n. 7 ss.).

(394) Cfr. tipicamente A. Tartagni, *Consiliorum liber VI,* Venetiis, 1570, cons. 240, n. 7, f. 152 r. e v., a cui si deve una delle prime messe a fuoco di questa categoria di atti.

(395) Così la dottrina tedesca (in part. il già citato Frider, *De mandatis et monitoriis iudicialibus sine clausula*, cap. IX, n. 4; ma cfr. anche A. Gaill, *Observationum practicarum Imperialis Camerae libri duo et centuriae sex*, (1580), Venetiis, 1613, L. I,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tiones, tumultus» (396). Nel corso del Cinquecento, l'uso del comando incondizionato è ormai accettato a tal punto che nessuno dubita più — come la trattistica ci attesta letteralmente — della piena fondatezza di ogni «inhibitio» stragiudiziale emanata dal magistrato «ob publicam causam», «nemini petente» e «ex proprio officio», indipendentemente dal suo contenuto specifico e dalla materia su cui sia intervenuta (397). Mentre da altri si arriva a comprendere, tra i casi in cui si può «incipere ab executione», l'emanazione di qualsiasi «praeceptum favore publico [factum]: quia iuribus derogatur propter publicam utilitatem» (398).

Tale normalizzazione dottrinale del comando 'ex abrupto' non vale, tuttavia, a collocarlo al di fuori della sfera dell'*ordo iuris*. Sia che il mandato 'sine clausula', in effetti, contenga o meno la contestuale citazione del gravato «ad comparendum», questi è sempre legittimato ad opporsi all'atto e ad aprire un regolare procedimento

---

obs. 4 e 6, p. 13 ss.), alla quale si devono probabilmente le più elaborate e precise classificazioni scientifiche dei casi di ammissibilità del 'nudum praeceptum' (i giuristi germanici sono infatti stimolati in questa loro fatica dallo 'stylus iudicandi' del Tribunale camerale dell'Impero, che rilascia frequentissimamente atti consimili ad istanza di parte). «Ita sine clausula iudex mandare potest — prosegue il nostro autore — ne quid pendente lite, vel interposita appellatione attentes, ne quem offendas, ne latrocineris, ut via et flumine publico uti liceat, ne impediatur fieri emptio et venditio etc.» (*ibid*).

(396) *Ibidem*. Accanto a questo primo gruppo di casi, la processualistica d'oltralpe individua tradizionalmente altre tre ipotesi di lecito impiego del precetto *ex abrupto*, rispettivamente costituite dall'esigenza di prevenire danni irreparabili, dal 'periculum in mora' e dalla 'publica utilitas', «ad quam sartam tectamque conservandam... aequum est, ut ea periclitante hic ei inserviat, non citando prius, sed recte, quod omnium promptissimum est exequendo» (FRIDER, *De mandatis*, cit., n. 12, p. 59).

(397) Così appunto, tra i giuristi di area italiana, Q. MANDOSIO, *De inhibitionibus*, in *Tractatus universi iuris*, t. V, q. 18, f. 89 r. Nello stesso senso e più maturamente la processualistica del XVII secolo rileva che quando il giudice vuole «a principio inhibere ad publicam utilitatem, id enim agere potest et debet nedum sine partis citatione, sed etiam nemini petente»: cosicchè, per es., «potest inhibere ex abrupto ne delinquentes et banniti receptentur» o ancora vietare a due coniugi di convivere quando la validità del loro matrimonio sia dubbia, o inibire al prodigo di disporre dei suoi beni ecc. In tutti questi casi, pur procedendo senza citare nessuno, egli è lo stesso tenuto ad «adhibere cognitionem extraiudicialem ad informandum animum suum» (UBERTI, *De citationibus*, cit., cap. III, n. 10, p. 26).

(398) Così P. REBUFFI, *De literis obligatoriis*, in ID., *Commentarii in constitutiones, seu ordinationes regias*, Lugduni, 1518, art. VI, gl. 2, pp. 85-86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di merito — l'unica differenza rispetto al monitorio riducendosi al fatto che la sua costituzione non sospende automaticamene gli effetti del decreto iniziale —. Mentre, osservando la vicenda dal punto di vista del magistrato, la capacità precettiva che gli viene così riconosciuta continua fin da ultimo ad essere concepita esclusivamente in funzione del suo compito di 'ius dicere', senza del quale essa risulterebbe priva di ogni giustificazione (399).

Nel complesso, quindi, sembra che i giuristi, senza rinunciar a vedere nel 'processo' la forma generale della funzione pubblica, abbiano semplicemente cercato di aprire in esso certe valvole di sfogo, atte a salvare la compatibilità tra il modello teorico e la prassi.

Ad aggredire frontalmente, invece, l'implicazione reciproca tra il comandare e il giudicare fu la legislazione statutaria e sovrana. La quale, in effetti, già a partire dal tardo medioevo si sforzò con ogni mezzo di escludere il principio del contraddittorio preventivo dallo spettro funzionale di molte magistrature attributarie di compiti 'amministrativi'. Torniamo ad aprire i nostri statuti cittadini e le nostre raccolte di legislazione, e vediamo quali sono le disposizioni che regolano il *modus operandi* di figure quali il 'Praefectus annonae' o 'sanitatis', gli 'Aediles', il 'Procurator Caesaris' o i 'Quaestores'. Ci troviamo di fronte ad uno sterminato campionario di formule normative che abilitano questi magistrati ora a procedere «summarie, de plano, omni iuris solemnitate omissa» contro gli 'occupatores' abusivi dei beni pubblici; ora a perseguire «per modum belli» i banditi; ora a conoscere «remoto ordine iudiciario» e «sola facti veritate

(399) È vero che una certa tendenza a scorporare le due potestà, precettiva e giudicante, si può rilevare nell'ambito della dottrina culta. La quale, proprio constatando che il giudice può far demolire l'«opus... quod iure fortasse aedificatum est» solo perchè realizzato in violazione del proprio divieto 'ex nuntiatione', ricavò l'esistenza di una «pars iurisdictionis magis imperiosa quam iuridica», nell'esercizio della quale il magistrato comanda e non giudica, ed all'occorrenza «rem etiam iniquam iubet» (così in part. GOVEA, *De iurisdictione*, L. II, *ad l. Quartam*, nn. 6-8, p. 70). E proprio su questa linea, come sappiamo, Bodin arrivò ad indicare nel magistrato il titolare di un generale potere d'imperio, che gli consente di emanare indifferentemente ordini astratti e concreti, non diversi, tra loro, altro che sotto il profilo dell'estensione. A queste aperture non tenne però dietro la costruzione di una nuova teoria applicata del potere magistratuale in campo pubblicistico — la stessa categoria della 'iurisdictio imperiosa' servì soltanto ai culti per sistematizzare atti extraprocessuali d'interesse privato, quali la concessione della 'bonorum possessio' o gli ordini interdittali.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

attenta » del riparto delle imposte; ora a punire «de facto» i contravventori alle norme di ordine pubblico, e così via.

È chiaro che siamo di fronte ad una politica di lungo periodo diretta a liberare certi apparati dalle pastoie del processo ed a creare un nuovo e più agile modello formale di potere.

Già, però, la stessa, continua ricorrenza di queste clausole legislative da un secolo all'altro offre una efficace testimonianza indiretta della originaria onnicomprensività del modulo processuale, al quale non sfuggiva in principio alcuna zona dell'attività degli apparati: tanto da impegnare appunto il legislatore dell'età moderna in una interminabile lotta volta a strappargli lembi di immunità a favore dei suoi più importanti magistrati delegati (400).

---

(400) Un esempio per tutti di questa *escalation* normativa può essere offerto dalla legislazione relativa ai poteri dei 'Magistri stratarum' dello Stato Pontificio (cioè di una delle più perfezionate magistrature 'edilizie' italiane). Già nel primo testo statutario conosciuto che li riguardi — emanato nel 1410 — è evidente lo sforzo del legislatore di autonomizzarne la attività dalle regole del processo, abilitandoli a «poenas et banna imponere et exigere ex eorum officio, summarie et de plano, sine strepitu et figura iuditii et sine aliquo accusatore», nonchè ad emanare «mandata secundum eorum discretionem» per la «reformatio» dei «loca urbis» («mandata» che, a differenza delle «sententiae», si vogliono già esentati da ogni formalità procedurale, e semplicemente «honesta»: SCACCIA SCARAFONI, *L'antico statuto dei 'Magistri stratarum'*, cit., artt. 3, 8 e 10). Quindici anni dopo, in una celebre bolla di Martino V che riordina le competenze dei Magistri, essi vengono più esplicitamente autorizzati a togliere le «deformitates» e gli «excessus» urbanistici «absque cuiusvis vocatione, seu citatione, sed per viam regiam, iuxta datam vobis a Domino prudentiam, etiam per demolitionem quorumcumque aedificiorum, aut rerum aliarum, seu modum alium, quaecumque reparandi, corrigendi et commendandi»; e tutto ciò, si ribadisce «absque lite, sed simpliciter et de plano (oppositione seu contradictione, aut quacumque temporis etiam centenali praescriptione, legibus et consuetudinibus generalibus... non obstantibus)» (Bulla *Etsi in cunctarum*, 31 marzo 1425, in *Bullarum, privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum Amplissima Collectio opera et studio Caroli Coquelines*, t. III, pars. II, Roma, 1742, p. 452 ss.). Nel 1452, nuova redazione statutaria, che precisa tra l'altro il diritto dei Maestri di emanare «comandamenti» in forma «expeditiva» al fine di «rompere et cavare» ogni tipo di ostacolo alla fruibilità ed alla piena libertà della via pubblica, con correlativa responsabilità penale dei «patroni degli edifizii» in caso di inadempimento (RE, *Maestri di Strada*, cit., art. 28). Potere ribadito nel 1495, in forma assai più esplicita, da un motuproprio di Alessandro VI, che, dopo aver riconfermato ai Maestri la loro piena facoltà di procedere «summarie, simpliciter et de plano... secundum veteres Constitutiones, et praedecessorum nostrorum Decreta», aggiunge testualmente: «sed etiam per viam Praeceptorum poenalium, similiter procedere, et contra inhobedientes et contumaces ad exequutionem

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vi è poi da aggiungere che la dottrina avvertì acutamente l'incompatibilità di queste formule rispetto al proprio universo funzionale, e si batté strenuamente per limitarne la portata — tanto che la loro stessa varietà ed abbondanza è in parte il prodotto della progressiva neutralizzazione dottrinale delle più antiche. Muovendo infatti dal presupposto che la citazione del potenziale danneggiato fosse un istituto di diritto naturale e divino, i giuristi sostennero che essa presentava un grado massimo di resistenza alla contraria volontà del legislatore. Se Dio stesso, si argomentava, nonostante la sua onniscenza, si era sentito in dovere di contestare espressamente ad Adamo il suo peccato prima di cacciarlo dall'Eden, anche il giudice dotato dei più ampi poteri arbitrarii, allora, non poteva avere la capacità di «incipere ab executione» al di fuori dei casi in cui ciò fosse ammesso «de iure communi» (401). Ed a maggior ragione, si osservava ancora seguendo l'esplicita indicazione di un celebre testo canonico (402), espressioni come «simpliciter», «de plano», «summarie», «sine figura iudicii» e simili non potevano certo aver l'effetto di «tollere citationem» e quindi di elidere il processo, ma solo quello di introdurvi alcune semplificazioni (per es. relativamente alle forme della 'litis contestatio', ai termini delle repliche, alla acquisizione delle prove e via di seguito) (403).

---

dictorum mandatorum et poenarum, in eis comminatarum, pro vestro arbitrio, devenire valeatis» (il testo del provvedimento in M. A. Bardi, *Facultates magistratus curatorum viarum, aedificiorumque publicorum et privatorum almae Urbis*, Romae, 1565, lettere II-HH). Tale facoltà sarà poi periodicamente confermata, nel corso dei secoli successivi, da provvedimenti legislativi di vari altri pontefici (da Paolo III a Pio IV a Gregorio XIII).

(401) Cfr. ancora Menochio, *De arbitrariis iudicum quaestionibus*, cit., L. I, q. 18 (specificamente dedicata alla trattazione del tema: «an citatio partium necessaria omnino sit cum pro suo arbitrio iudex causam cognoscere et diffinire potest»), f. 19 r. ss.; Cavalcani, *De brachio regio*, cit., pars I, nn. 174-176, p. 25.

(402) Cioè la Clementina *Saepe contingit* (Cl. V, XI, 2) con la quale il Pontefice risolve le «dubitationes» sorte circa il significato delle clausole di semplificazione procedurale apposte in calce alle proprie lettere di commissione.

(403) Tra i tanti, Maranta, *Speculum aureum*, cit., pars IV, distinctio IX, nn. 8-9-10, p. 153; G. C. Rugginelli, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, Venetiis, 1610, cap. I («De officio et potestate iudicis, qui procedere potest ex clausula sola facti veritate inspecta»), ff. 5-13; Barone, *Tractatus de citatione*, cit., q. 15, n. 45, pp. 103-104. 'Simpliciter', per es., sta a significare per i giuristi soltanto «sine

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Conformemente a tali indicazioni generali, dunque, era del tutto ovvio, per i commentatori del diritto proprio, che uno «iudex stratarum» abilitato ad «expedire» tutti gli atti del suo ufficio «sine strepitu et figura iudicii, et sola facti veritate inspecta, et etiam remoto omni ordine iudiciario» dovesse lo stesso contestare formalmente agli onerati della manutenzione viaria le loro eventuali inadempienze (404); o che un magistrato deputato alla lotta contro il banditismo, pur legittimato a procedere «per modum belli», non potesse condannare nessuno senza averlo prima convenientemente «auditus», «etiam si in atrocissimis criminibus versetur» (405).

Altre volte, certo, la volontà legislativa di sopprimere le «defensiones» è così esplicita (si pensi a clausole quali «manu regia», «absque vocatione», «sine processu», «partibus praesentibus vel absentibus», sempre più spesso ricorrenti man mano che l'antico

---

duplicitate, astutia, sine dolo et machinatione, sine rigorosa subtilitate» (cioè senza quegli artifici che avevano largamente screditato la procedura romano-canonica nel giudizio dell'opinione pubblica); 'de plano' indica press'a poco lo stesso, cioè «non omittendo ordine iudiciario», ma solo «repulsa omni subtilitate pernitiosa»; mentre 'sine figura iudicii' non può voler dire 'senza l'ordine giudiziario', poichè «si ordo non servatur, iudicium est nullum», sì che l'unico possibile valore della formula consiste nel togliere le formalità di diritto civile, lasciando intatti i «substantialia et naturalia iudicii». Lo *statutum*, insomma, può tutt'al più sopprimere la *citatio* «in aliquo actu, in quo principaliter partis defensio non consisteret», ma al di fuori di questo caso «si statutum vult, quod procedatur de facto, non censetur sublata citatio» (UBERTI, *De citationibus*, cit., cap. VIII, p. 161). Identiche considerazioni valgono a maggior ragione «in criminalibus» (G. CLARO, *Practica criminalis*, in *Opera omnia*, s.l., 1637, t. V, q. 31, p. 131 ss.).

(404) Così O. CARPANI, *Lucubrationes novae, innumerae et solidae in omne ius municipale, quod Statutum Mediolani appellant*, Francofurti, 1600, p. 151, in margine al cap. 273 dello statuto. Si noti come, essendo le espressioni qui impiegate dal testo legale del tutto analoghe a quelle usate in precedenza per connotare il procedimento giudiziario in materia alimentare, l'interprete si limiti per lo più a rinviare alle annotazioni già fatte in quella sede; non ritenendo evidentemente che possa esservi alcuna differenza decisiva tra un giudizio civile abbreviato e un procedimento finalizzato alla tutela dei beni pubblici.

(405) Così ROCCO, *De officiis*, cit. rubr. XV, p. 393 ss., a proposito del c.d. Commissario di campagna del Regno di Napoli. La clausola in oggetto, per quanto abilitante il magistrato ad ammettere «testes infames», ad «inquirere etiam die feriato», a «proferre sententiam sine scriptura», ad usare arbitrariamente della tortura, non lo autorizza mai ad omettere la citazione, che è «de iure divino».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

regime si inoltra nel suo meriggio) da non lasciar spazio nemmeno alle più spregiudicate forzature interpretative (406).

Anche formule come queste, tuttavia, non offrono una via di fuga radicale dal mondo del processo. Spesso, infatti, la dottrina finisce per 'scoprire' che le deroghe al principio del contraddittorio così introdotte 'ratione imperii' coincidono perfettamente con i numerosi casi in cui — lo si è visto — già secondo il diritto comune il magistrato potrebbe servirsi di ordini provvisionali 'sine clausula' (407) (nell'Italia del Seicento, per esempio, nessuno è turbato da una previsione normativa che vede i sudditi «sforzati di fatto a rimettere in pristino le strade» danneggiate, nonostante ogni opposizione, giacchè — rilevano ormai i commentatori — il provvedimento «pro stratarum reparatione habet executionem paratam... quod est etiam iuri communi consonum, quia est periculum in mora» (408)). Ma anche ove questa corrispondenza non sia rilevata

(406) Niente di più facile, in effetti, scorrendo la legislazione, che imbattersi in uno «iudex victualium» legittimato a «facere praecepta, et banna imponere, quae quilibet servare debeat, et non oboedientes... condemnare usque ad...», «tam cum probationibus, vel alio modo, prout ei melius videbitur, et apparuerit, pro utilitate et commodo hominum Mediolani» (*Statuta victualium civitatis et Ducatus Mediolani*, Mediolani, 1621, capp. 166-178); oppure in un soprastante alla cura degli argini tenuto a «compellere et arctare..., quibuscumque exceptionibus pospositis», i legali onerati della manutenzione ad eseguire immediatamente le opere dovute (*Statuta magnificae civitatis Parmae*, Parmae, 1590, L. V, f. 190 v.); o in un magistrato addetto al miglioramento dei sistemi di coltivazione attributario del «mero assoluto arbitrio» di costringere «de fatto, senza processo, sommariamente, Manu Regia» i contadini della sua giurisdizione a piantare alberi, scavare fossi, recuperare terre incolte, costruire «Case e Capanne» (così la provvisione istitutiva del Magistrato di Fabbriche e Coltivazioni di Pisa del 4 maggio 1601, in Archivio di Stato di Pisa, *Fiumi e fossi*, 5, ins. 3); o in un «praefectus sanitatis» titolare di una «absolutam, et omnimodam auctoritatem...imperandi, mulctandi, ... et quoscumque eius mandatis, et ordinibus non obtemperantes, puniendi, servatis, ac non servatis ordinibus et constitutionibus» (*Constitutiones Mediolanensis Dominii, ... nunc vero ab P. A. Mogno Fossato publicae utilitati accommodatae*, Mediolani, 1764, L. I, tit. *De officio praefecti sanitatis*, pp. 76-77).

(407) In aggiunta a quanto già osservato, si pensi che un noto processualista dell'inizio del Seicento poteva elencare ben centotrenta casi di legittimo impiego del precetto incondizionato 'ex iure communi' (M. Burgio, *De modo procedendi ex abrupto centuria prima*, Panhormi, 1611, q. V, p. 9 ss.).

(408) Così Solone di Campello, commentando il diritto proprio del Ducato d'Urbino (*Constitutiones Ducatus Urbini a Solone ex Com. De Campello collectae et adnotationibus illustratae*, Romae, 1709, vol. I, p. 462) e richiamandosi al «mos Regni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

esplicitamente, il precetto *ex abrupto* conserva sempre l'aspetto di una sorta di ordinanza d'urgenza, mai precludendo al gravato di ottenere un successivo accertamento dello stato di fatto e di diritto nelle forme di rito; ed accettando, quindi, di configurarsi come un episodio collaterale e 'minore' rispetto ad un procedimento principale (se non effettivo, almeno potenziale) avente, questo sì, tutti i caratteri del processo (409).

14.4 Resta da esaminare brevemente il secondo gruppo di deroghe alla regola del contraddittorio necessario, concepite nei termini di un privilegio soggettivo. A certi soggetti, cioè, portatori di interessi pubblici di particolare rilievo, il diritto intermedio consente, in determinati casi, di precostituirsi autonomamente un titolo esecutivo senza bisogno di rivolgersi al giudice per ottenere un preventivo accertamento del loro diritto nelle forme del processo. Titolare naturale di tale prerogativa è il 'fiscus principis'; al quale vanno aggiunte poi le altre persone che ad esso possono essere parificate nei singoli ordinamenti sotto questo profilo (per lo più ciò accade per le comunità soggette e per gli appaltatori di diritti fiscali).

Non è qui il caso di inoltrarci nella materia (complicatissima) del processo fiscale. Ai nostri fini basta semplicemente ribadire ancora come il fisco (che è persona giuridica di diritto comune) sulla base

---

Franciae» attestato in materia da P. REBUFFI, *Tractatus de sententiis praeiudicialibus seu provisionalibus* (in appendice a G. P. SORDI, *Tractatus de alimentis*, Lugduni, 1603), gl. 6, nn. 8 e 9, p. 35: ove appunto si legge che a tali sentenze e ordinanze «executio dabitur, non obstante appellatione: quia in his regulariter est periculum in mora: ideo executio facienda erit arg. ex l.de pupillo, § si quis rivos, ff. de novi operis nunciatione».

(409) Si rilevi, del resto, come la dottrina non abbia cessato fin da ultimo di nutrire serie riserve sulla legittimità del 'nudum praeceptum'. Ancora all'inizio del Settecento, per es., un giurista come Enrico Cocceio si dichiarava del tutto indisponibile a concepire il 'processus mandatorum' come una forma ordinaria di procedura nel contesto di una funzione giurisdizionale fondata sulla precedenza della 'cognitio' rispetto all'executio'; ribadendo (del tutto a ragione) la profonda differenza esistente tra il mandato senza clausola e l'antico interdetto dei Digesti, avente natura esplicitamente condizionale; e ricordando conclusivamente come non sia configurabile, nel magistrato, un potere genericamente imperativo quale quello che trova esplicazione in questi ordini, giacchè «hoc verbo Imperii nihil aliud intelligitur, quam executio in causis civilibus, quae sunt iurisdictionis» (H. COCCEJO, *De abusu mandatorum sine clausula* (1706), in ID., *Exercitationes curiosae*, Lemgoviae, 1722, Disputatio 64, p. 1314 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del *Corpus iuris* non risulti di norma privilegiato nell'esercizio delle sue ragioni. Pur godendo del foro speciale del *Procurator Caesaris*, esso deve convenire davanti a questo giudice i suoi avversari; ai quali ultimi il diritto romano, anzi, garantisce una piena «facultas defensionis», vietando al fisco di molestarli nei loro averi «adhuc controversia pendente» (410). Come già vedemmo, perciò, i rappresentanti del fisco non avevano di regola altra possibilità, per esecutare un terzo, che ottenere contro di lui una sentenza di condanna (411).

Altri luoghi del Testo, tuttavia, riguardanti la realizzazione dei crediti fiscali, attribuivano senza possibilità di equivoco alla attività corrispondente un carattere totalmente extraprocessuale, autorizzando i pubblici esattori a procedere esecutivamente anche in presenza di opposizioni o resistenze da parte dei sudditi (412). Risolvendo l'antinomia, la fiscalistica fissò il principio generale per cui, in deroga alla pur ribadita natura privata della persona del fisco,

---

(410) Così la *l. Defensionis, C. De iure fisci* (C. 10,1,7): «Defensionis facultas danda est his, quibus aliquam inquietudinem fiscus infert, cum facultates eorundem, adhuc controversia pendente, inquietari describique fas non sit». Dal che la dottrina medievale ricava una solenne conferma del principio generale per cui «facultas defensionis nemini est deneganda» anche nei rapporti con lo Stato; ed esclude che il fisco possa appropriarsi dei beni dei sudditi «ante sententiam» (così, per tutti, BARTOLO, *In tres libros Codicis commentaria*, Venetiis, 1590, ad l. cit.). Fedele a tale interpretazione generalizzante di questo luogo resta la dottrina più tarda (per tutti cfr. AMAYA, *Commentarii in tres posteriores libros Codicis*, cit., p. 41). Che questa lettura fosse quella comunemente recepita pure nel corso dell'età moderna è del resto testimoniato dalla circostanza che laddove il diritto regio aveva attribuito al fisco la «facultas apprehendendi» i beni dei suoi debitori «sine Iudicis authoritate» (come nello Stato di Milano, ai sensi delle *Novae Constitutiones*, L. IV, tit. VII, art. 1), i dottori si affrettano a rilevare che «multum in hoc ei (cioè al fisco) favisse, cum iure communi in causis fiscalibus servetur ordo iudiciarius» (GARONI, *Commentaria*, cit., ad dict. tit., p. 24).

(411) Cfr. *retro*, § 10, e nota 262.

(412) Tra questi, per es. (secondo l'indicazione di TOMATI, *Tractatus de muneribus patrimonialibus*, cit., rubr. '*Retenta*', n. 30, p. 507) la *l. Nemo carcerem, C. De extact. tribut.* (C. 10,19,2) ove, pur vietando la incarcerazione *ex abrupto* del debitore fiscale insolvente, si ammette senz'altro l'esattore ad «accedere» al suo patrimonio; o la *l. In fiscalibus* del medesimo titolo (C. 10,19,6) che consente al solito esattore di ottenere l'esecuzione immediata da parte dei «rectores provinciarum». Ancor più esplicita una costituzione giustinianea (richiamata da KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. XVIII, n. 2, p. 437) in cui l'Imperatore qualifica come «inevitabilis» la «fiscalium exactio», «quia militares expensae et hostium insecutiones multa egent diligentia, et non possunt citra pecunias agi» (Nov. 8,10,2).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ogni sua pretesa pecuniaria fondata su di una 'causa publica' era assistita di diritto dalla 'executio parata': sì che, nel pretendere l'adempimento delle obbligazioni tributarie, «contra subditos extra ordinem, de plano, et levato (ut aiunt) velo regulariter procedi, et a praeceptis executivis incipi potest» (413).

È evidente che siamo di fronte ad una eccezione obbligata al panprocessualismo abbracciato in principio dalla dottrina. Applicando infatti le norme di diritto processuale ordinario alla materia delle prestazioni tributarie, ogni volta che fosse mancato l'assolvimento spontaneo del contribuente il fisco avrebbe dovuto citarlo personalmente in giudizio per farlo condannare e procedere quindi esecutivamente contro di lui. Col risultato di paralizzare completamente la gestione della finanza pubblica.

Ciò premesso, va sottolineato che i giuristi non si limitarono ad enunciare semplicemente la ragion pratica della deroga, ma si sforzarono di offrirne una giustificazione dogmatica attraverso argomenti tratti da quel diritto processuale che continua ad esser considerato l'unico statuto legittimo per ottenere la soddisfazione di qualunque pretesa.

Così, secondo una prima tesi a quanto pare risalente ad Alberico da Rosate (ma circolante ancora per tutto il corso dell'età moderna), l'esecutorietà del credito tributario si spiega in quanto l'atto generale di levata del tributo («indictio muneris»), con cui il principe ordina ai sudditi di pagare al suo fisco certe somme 'ob publicam causam', avrebbe già natura di «sententia» di condanna nei confronti di tutti i gravati (414): sì che «tale iudicatum...exequi debet, et bona non

(413) Così ancora KLOCK, *De contributionibus*, loc. ult. cit. Pur essendo sostanzialmente concorde in tale conclusione, la dottrina non si stanca di discutere circa le modalità dell'esecuzione fiscale: che secondo qualcuno (G. P. SORDI, *Consilia sive responsa* (1584), Venetiis, 1689, L. II, cons. 168) dovrebbe avvenire facendo comunque salvo il «substantialis ordo iudicii», o secondo altri (BALMASEDA, *De collectis*, cit., q. 98, n. 6, p. 296) almeno la citazione dell'insolvente al momento della vendita all'asta dei beni pignorati, e sempre ammettendo l'opponibilità di certe eccezioni (come quella di un privilegio generale: A. CRAVETTA, *Consilia*, Venetiis, 1566 cons. 111, nn. 2-3). In realtà, come ricorda ancora KLOCK, loc. ult. cit. n. 91 ss., p. 243 ss., è tutt'altro che infrequente che all'esazione dei debiti fiscali si proceda anche «manu militari», secondo una facoltà del resto contemplata in una novella giustinianea.

(414) ALBERICO DA ROSATE, *Commentariorum pars secunda super Codicem*, Lug-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

solventis capi possunt» seguendo le forme di un qualunque procedimento esecutivo civile (415). Viceversa, secondo un'altra, e forse più accreditata presentazione proposta da Baldo in due suoi citatissimi *consilia* (416), la vera natura del precetto esecutivo emesso dal magistrato fiscale sarebbe la stessa di uno qualsiasi di quei mandati provvisionali 'sine clausula' che trovano il loro modello nella «nunciatio novi operis». Diversa nel contenuto — che è compulsivo e non inibitorio — la «denuntiatio» in materia tributaria giustifica però la propria efficacia immediata con la stessa *ratio* che si sottende all'ordine di non edificare — cioè col pericolo nel ritardo —: «male nam facta publica expedirentur, si absque citatione et processu non possent exigi taleae; et interim Respublica pereclitaretur» (417), giacchè «si publicani haberent in omni causa offerre libellum, non invenirentur conductores vectigalium» (418).

Più aderente alla realtà delle cose, la ricostruzione baldiana fu preferita in genere anche perchè più 'garantista' nei suoi effetti — non essendo fondata la pretesa tributaria su alcuna sentenza, restava sempre salvo il diritto del contribuente ad ottenere un successivo accertamento nelle forme di rito; ed essendo l'esecutorietà del titolo motivata solo dall'urgenza, l'esecuzione parata doveva esser limitata alle sole imposte di annata corrente, mentre per le «praeteritae», che il fisco non si era dato cura di riscuotere tempestivamente, il privilegio non poteva più essere esercitato (419).

---

duni, 1545, *Super rubricam C. De muneribus et honoribus*, (C. 10, 41), n. 97. Ancora il nostro Brugiotti, citando, nel 1669, consolidati indirizzi della Rota romana, rilevava: «taxa in substantia nihil aliud est, quam nostri magistratus sententia» — nella specie, trattandosi di un magistrato edilizio fornito di arbitrio, una sentenza «quidem manu regia lata»: *Epitome iuris viarum et fluminum*, cit., cap. VII, n. 311.

(415) TOMATI, *Tractatus de muneribus*, cit., n. 30, p. 508.

(416) In *Consilia*, Venetiis, 1602, vol. I, cons. 238, e vol. III cons. 434.

(417) Cons. 434, n. 1.

(418) Cons. 238, n. 1. Ed a chi obbietta che, indipendentemente da ogni giustificazione pratica, il titolo è necessariamente nullo, in quanto è stato prodotto senza la preventiva citazione delle parti, Baldo risponde: «ista — cioè la colletta — non est proprie sententia, sed quoddam mandatum, in quo potest incipi ab executione, ut not. ff. de no. ope. nunciat. l. de pupillo § meminisse» (n. 5).

(419) Tale conseguenza è ben colta, per esempio, da KLOCK, *De contributionibus*, cap. XVIII, n. 31 ss. pp. 439-40: il quale giunge a sostenere anzi che anche nell'ambito delle «collectae praesentes» occorre distinguere tra quelle il cui ritardato pagamento

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Al di là delle differenze ricostruttive, comunque, ciò che va rimarcato è il riduzionismo processuale di cui, ancora una volta, dà prova la dottrina. Sentenza o precetto cautelare che sia, è sempre ad un atto tipico del processo che viene ricondotto il provvedimento imperativo a contenuto finanziario: del quale, poi, si rimarca con forza il carattere eccezionale nell'àmbito di un ordinamento ove di regola «iudex, cui nihil probatum est, nihil mandare po[test]... et non citato non po[test] dandi, vel faciendi fieri praeceptum, nec aliquid contra eum disponi... adeo quod etiam in notoriis est necessaria citatio ad audiendum sententiam vel mandatum: ...et etiam in causis fiscalibus ordo iuris est servandus» (420).

Ma soprattutto, i dottori si affrettano a 'procedimentalizzare' rigidamente la confezione (pur extraprocessuale) del titolo esecutivo fiscale. Prescrivendo innanzitutto che l''executio parata' sia concessa solo per le somme iscritte 'in matricula' — cioè sul ruolo generale dei debitori fiscali (421) —; e soggiungendo che, per quanto il *Rationalis* possa autoliquidare unilateralmente il credito tributario, tale liquidazione, per essere posta in esazione senza processo, deve avvenire sulla base dell''aestimum' — cioè seguendo una valutazione generale e preventiva dei redditi imponibili di tutti i contribuenti —.

Vero e proprio «codex» della capacità contributiva dei consociati (422), l'estimo costituisce il parametro obbiettivo riferendosi al

---

comporterebbe un «damnum publicum» (e per le quali è dunque ammissibile l'esecuzione parata) e quelle invece che non sono di tanta urgenza, ed ove quindi l'eccezione proposta dal debitore deve aprire un «processus ordinarius».

(420) Così ancora Baldo, cons. 434, n. 1.

(421) «Alias defensio admittitur, et iuris ordine atque cognitione opus est», come per qualunque altro credito privato (Klock, *De contributionibus*, cap. XVIII, n. 26, p. 438), trovando allora piena applicazione il principio generale della *l. Defensionis*. Tale teorica sembra risalire a Bartolo, *In secundam Codicis partem*, Venetiis, 1585, ad *l. Hi qui, C. De conveniendis fisci debitoribus*, (C. 10,2,4): ove appunto il grande giurista si pone il problema di risolvere l'antinomia tra la *l. Defensionis* e gli altri luoghi del Testo che sembrano conferire al fisco il privilegio della 'executio parata'. Antinomia superata osservando che: «quidam sunt debitores fisci iam redacti in numero debitorum, puta ex aliquo contractu, vel ob tributa, vel similibus, et isti conveniuntur summatim, ut hic... Quidam non sunt redacti in numero debitorum, sed an sint debitores, an non, dubitatur, et contra istos fiscus debet agere ordinario iudicio, ut in l. facultas [defensionis]».

(422) Questa la comune definizione giuridica dei 'libri aestimales' (vd. per es. Festasio, *De aestimo et collectis*, cit., cap. I, n. 11, f. 174 r.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale si possono distribuire tutte le contribuzioni dirette — generali e locali, ordinarie e straordinarie — per mezzo di semplici ed imparziali operazioni aritmetiche. L'iscrizione all'estimo equivale quindi, dal punto di vista del suddito, all'assunzione di una specie di obbligazione astratta a contribuire per la sua quota a tutti i gravami richiesti dai bisogni collettivi; cui accede una tacita autorizzazione, a favore degli esattori del fisco, a procedere esecutivamente contro di lui, riservandosi egli le eventuali azioni a tutela del suo diritto ad un momento successivo rispetto a quello del pagamento («nam faciendo aestimum videtur professus se soluturum collectas..., adeo ut nisi doceat de solutione non audiatur») (423).

Quelle garanzie processuali preventive, tuttavia, che il suddito si vede negate in sede di pagamento del tributo a seguito della sua 'redactio in aestimo', egli ha tutto il diritto di conservarle al momento della confezione o della revisione periodica dell'estimo stesso: sì che contro la valutazione degli 'aestimatores' preposti dalla *civitas* o dal *princeps* «unicuique descripto licet conqueri, si plus debito se esse gravatum afferat in perequatione illa, si eam iniquam infra annum a die scientiae improbat» (424).

Che questi non fossero baloccamenti dottrinali, ma che la redazione degli estimi — già a partire dal Cinquecento vero banco di prova delle capacità razionalizzatrici dello Stato nuovo — fosse un'operazione resa ovunque complicatissima dalla sua intrinseca sostanza 'giurisdizionale', ciò può esser verificato agevolmente sul terreno dei fatti. Un esempio per tutti, costituito dalla storia di quella riforma censuaria del Ducato di Milano che ci è così ben nota grazie allo splendido rapporto stilato da Pompeo Neri alla metà del Settecento (425). Iniziato nel remoto 1543, il tentativo di costituire un estimo generale si trascina in Lombardia con scarsissimi progressi per più di due secoli, fino all'età teresiana, proprio perchè i magi-

(423) Così, tra i tanti, A. S. GARONI, *Commentaria in tit. De oneribus Nov. Const. Mediol. Lib. IV, tit. IX*, Mediolani, 1632, cap. 10, p. 35, richiamandosi ancora alla dottrina attribuita a Baldo (cons. 434 cit., n. 1) e comunemente ricevuta da tutti i fiscalisti (vd. per tutti ancora KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. XVI, n. 83, p. 410).

(424) FESTASIO, *De aestimo et collectis*, loc. ult. cit., n. 26.

(425) *Relazione dello stato in cui si trova l'opera del censimento universale del ducato di Milano nel mese di maggio dell'anno 1750*, Milano, 1750.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

strati a ciò preposti — nota polemicamente Neri — invece di assegnarsi quel ruolo di commissari legislativi che sarebbe stato loro proprio, «hanno fatto da meri giudici delle controversie, che erano portate al loro tavolino, dai Pubblici litiganti» (426), invischiandosi nella risoluzione di un contenzioso ciclopico, a cui il garantismo esasperato del processo di diritto comune assicurava una longevità mostruosa (427). Secondo la nuova ottica del riformatore settecentesco, «la commissione della Giunta non era di decidere ... [le] infinite controversie che tormentavano i pubblici [cioè le comunità dello Stato] in proposito del reparto dei Carichi, secondo le massime del vegliante Sistema, ma di esaminare con principj certi, e ridurre in chiaro le vere forze dello Stato, e d'introdurre in appresso un nuovo Sistema di Reparto notoriamente proporzionato alle sostanze de' Sudditi» (428).

Al contrario, per secoli essa, «invece di pensare alle disposizioni necessarie per porre in grado di ...eseguirsi le Leggi nuove, ... per[se] il tempo a giudicare le Cause pendenti, secondo gli oscuri e fallaci principj delle Leggi vecchie, che dovevano abolirsi», ritenendosi obbligata a «sentire formalmente le Parti... colle solite formalità giudiziarie» e lasciandosi «rapire ... dal pensiero dell'abolizione» degli antichi ordini, «come se avesse scrupolo di abolirli prima che si fossero soddisfatti in litigare» coloro che, per l'avanti, vi erano soggetti (429).

L'incomprensione di Neri, nel rivelare quale fossato si sia ormai aperto tra la nuova cultura riformatrice e il mondo del diritto comune, non deve far dimenticare come il comportamento dei vecchi magistrati del censo, pur politicamente suicida, costituisse una scelta obbligata alla luce della tradizionale teoria delle funzioni:

---

(426) *Relazione*, cit., p. 39.

(427) Tanto che alcune controversie (come quella tra i «civili» e i «rurali», cioè tra i contribuenti milanesi e quelli comitatini e provinciali circa la destinazione delle imposte gravanti sui primi per i beni da essi posseduti nel territorio delle 'civitates subiectae'), iniziate all'indomani dell'insediamento della prima deputazione per la riforma generale dell'estimo, si trascinano per tutto il corso dell'età moderna, e pendono ancora indecise al momento in cui Neri redige la sua relazione.

(428) *Relazione*, cit., p. 3.

(429) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ove la riforma dell'estimo si configurava *necessariamente* nei termini di un procedimento giurisdizionale (430).

Come del resto si continua a protestare ancora durante la piena età delle riforme, la levata dell'imposta, infatti, è sì una regalìa del sovrano a cui il suddito niente può opporre; ma il suo riparto, che nessuna norma affida all'arbitrio del principe, deve avvenire col pieno consenso dei gravati, o in mancanza appunto con l'intervento del giudice, e costituisce quindi, in definitiva, un'operazione di carattere giudiziario (431).

14.5 Un'ultima conferma di come l'*ordo iudiciorum* costituisse la forma necessaria e generale di tutta l'attività imperativa dei pubblici apparati ci viene dallo studio dei rimedi concessi contro gli atti magistratuali diretti alla realizzazione di pubblici interessi.

Sebbene, come s'è visto, la giuspubblicistica finisca con l'ammettere abbastanza largamente la legittimità dei 'nuda praecepta' (cioè di atti non esteriormente dissimili dal provvedimento d'amministrazione attuale), per essa resta assiomatico che tali atti sono sempre suscettibili di impugnazione di fronte allo stesso giudice che li ha emanati (c.d. 'appellatio extraiudicialis') (432) e successivamente di fronte alle ulteriori istanze di giudizio. Ammettere infatti che il

---

(430) Del resto, la risoluzione preventiva di tutto il contenzioso fu un passaggio osservato anche nel procedimento attuativo della grande riforma estimale settecentesca: la cui prima fase fu in effetti dedicata quasi integralmente a risolvere le controversie sorte dalle opposizioni alle nuove valutazioni catastali (S. ZANINELLI, *Il nuovo censo dello Stato di Milano dall'Editto del 1718 al 1733*, Milano, 1963, p. 79 ss.).

(431) Così, per es., si legge in una delle molte memorie indirizzate dalla città di Milano alla Giunta del censimento: conformemente alla dottrina tradizionale espressamente richiamata (KLOCK, *De contributionibus*, cit., cap. XVII, n. 19 ss., p. 406), le «leggi comuni», rileva l'estensore, «danno bensì al Principe il Diritto d'imporre i Tributi secondo le forze de' Popoli, ed i bisogni del Principato, ma lasciano ai sudditi l'arbitrio della loro distribuzione, qual cosa non annoverata fralle regalìe, come ha fin ora portato la consuetudine» (Archivio di Stato di Milano, *Censo, P.A.*, n. 264, cart. 4: il documento, a firma del Vicario di Provvisione e dei Delegati del Consiglio cittadino, risale al 1754).

(432) Così si chiama, per la precisione, quella «quae fit a iudice extraiudicialiter procedente», e che tecnicamente sarebbe forse più giusto chiamare «provocatio», dato che «appellatio ex proprio significatu continet iudicialem tantum, non extraiudicialem», ed è sempre rivolta «ad maiorem iudicem» (MARANTA, *Speculum aureum*, cit., pars. VI, *De appellatione*, nn. 1-2, p. 483).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giudice possa anticipare in via breve gli effetti di una regolare sentenza, negando poi a chi se ne senta pregiudicato la facoltà di ottenerne la pronuncia con piena cognizione di causa, costituisce una contraddizione insuperabile per il giurista d'antico regime: che vede quindi nel giudizio 'd'appello' (ma meglio: nel giudizio di primo grado sull'opposizione contro il decreto stragiudiziale) un momento indefettibile dello stesso processo di potere che si è aperto con l'emanazione del precetto. Momento soltanto eventuale, certo, perché il gravato può ben ritenere di non avere alcuna eccezione concludente da opporre, accettando quindi di soggiacere all'ordine «absque causae cognitione»; ma momento che non può essere eliso da alcuna norma, giacché è proprio da questa sua capacità sempre attivabile di far definitivamente diritto sul rapporto che il magistrato attinge la legittimazione del suo stesso potere di comando provvisorio 'ex abrupto'.

«Non erit deneganda appellatio — perciò — a quolibet praecepto extraiudiciali, si pars ex eo laedatur» (433). Nè si può ritenere che la «facultas appellationis» sia stata soppressa ove ricorrano clausole legislative volte a limitare la tutela, giacchè «omnes leges, decreta, statuta ac pacta partium, quae tollunt appellationem, intelligenda tamen sunt, ne quis indebite gravetur, et dato gravamine ad appellationis veniens auxilium semper auditur» (434). Anzi, da parte di tutti si ritiene che contro gli ordini stragiudiziali — che per loro stessa natura «numquam transeunt in remiudicatam» — si possa appellare anche dopo il decorso del termine ordinario prescritto dal diritto comune per l'impugnazione delle sentenze (435); restando sempre inteso — come rileva un noto fiscalista — che «etsi in aliquibus causis appellatio non admittatur, hoc quoad effectum suspensivum intelligendum est, non vero quoad devolutivum» (436). Dichiarazioni, queste, dettate non solo dalla volontà di proteggere

(433) G. C. RUGGINELLI, *Commentarii ad Caesareas Constitutiones Provinciae Mediolanensis in tit. De appellationibus*, Mediolani, 1619, § II, cap. III, n. 40, p. 85.

(434) *Ibidem*, n. 410, p. 123.

(435) Cfr. riassuntivamente ALTIMARO, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, cit., t. I, rubr. III, q. II, n. 30, p. 36.

(436) BALMASEDA, *De collectis et tributis*, cit., q. 106, p. 311, con specifico riferimento agli atti di imposizione tributaria.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

adeguatamente i diritti dei sudditi nei confronti del pubblico potere, ma soprattutto dal convincimento della non autonomia del diritto di comandare rispetto a quello di giudicare. Solo a chi ha la capacità di convertire i suoi comandi in sentenze può esser riconosciuta appunto una potestà imperativa; sì che la garanzia di un regolare dibattimento contenzioso costituisce l'imprescindibile supporto legittimante di ogni ordine magistratuale emanato stragiudizialmente.

Del resto, è proprio questa dichiarata natura processualistica del 'nudum praeceptum' a rendere difficilmente accettabile quello che è il suo carattere-principe — cioè la sua esecutorietà anche in pendenza di giudizio —. Certo, quel che distingue il mandato 'sine clausula' da qualsiasi altro atto giurisdizionale è appunto la sua capacità di conservare intatta la propria efficacia provvisionale nonostante l''appellatio' — in ciò consistendo appunto la sua differenza di comportamento rispetto al semplice monitorio —. Senonchè, tale effetto è molto più facile a conseguirsi sulla carta che non in pratica. Per quanto possa sembrare ovvio, in particolare, che in tutte le ipotesi in cui l'*opinio doctorum* o lo *ius positum* del principe autorizzano il magistrato a procedere *ex abrupto* e *absque citatione* l'impugnazione dell'atto correlativo non debba avere efficacia sospensiva dei suoi effetti, negli ordinamenti d'antico regime questo risultato non costituisce quasi mai un dato pacificamente acquisito fin dall'inizio, ma semmai una faticosa — e, sovente, solo imperfettamente conseguita — tappa d'arrivo.

La cultura giuridica, infatti, muovendo dal presupposto che i mezzi d'impugnazione abbiano tendenzialmente effetto sospensivo (437), a maggior ragione propende a tener fermo questo effetto quando l'atto impugnato non sia una regolare sentenza, ma un

(437) Questo, almeno, (secondo la *l. Appellatione, ff. Nihil novari appellatione interposita* (D. 49,7,1)) vale per l''appellatio' — cioè per quella impugnazione che obbliga il giudice *ad quem* ad assumere la *causae cognitio* ed a pronunciarsi nelle forme di rito —. Diverso il caso della semplice 'supplicatio', la quale invece «conceditur ex gratia» contro le pronuncie delle «illustres personae» (Principe, Prefetto pretorio, Senato e simili), per definizione non impugnabili di fronte ad alcun ulteriore 'superior'. Tale rimedio, per il suo carattere eccezionale e 'grazioso', «non tangit nec rescindit sententiam» e dunque «non impedit eius executionem» (così, per tutti, GIASON DEL MAINO, *In primam Codicis*, Venetiis, 1589, *in l. Si quis adversus, C. De precibus imperatori* (C. 1,19,5)).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

decreto reso senza citare nessuno e senza alcuna garanzia processuale. Ad esempio, lo stesso Baldo degli Ubaldi, nei suoi ben noti *consilia* sulla *executio parata* dei crediti fiscali, dopo aver ammesso la possibilità di procedere esecutivamente in questi casi, soggiungeva testualmente: «qui autem gravatur, si compareat, et alleget causam gravationis, debet audiri... *et praeceptum resolvitur in simplicem citationem... et idem est, ubicunque incipit ab executione*» (438); richiamando, a conforto di tal parere, proprio il caso del decreto di nunciazione di nuova opera, che ai suoi occhi non si comportava diversamente da una 'monitio'.

È vero che, nel corso dell'età moderna, almeno in campo tributario troviamo ormai accolto universalmente il principio della non-sospensività della impugnazione (439). Difficile dire, però, quanto lontano si sia andati oltre questa soglia in realtà assai modesta.

In Francia, già a partire dal Cinquecento si trova enunciato il principio generale secondo cui «quando agitur de regimine civitatis, quod politiam vocant», si ordina e si condanna sempre «per modum provisionis», dando subito esecuzione all'atto «non obstante appellatione» (440). Il carattere della provvisionalità diventa dunque,

---

(438) Cons. 434, n. 1 (il corsivo è nostro).

(439) Cfr. per tutti BALMASEDA, *De collectis et tributis*, cit., q. 106, p. 312 («et quia omnes casus specialiter non sit facile comprehendere, illa generalis regula tradatur, sub qua omnes includentur, quod ubicumque collectae fiunt, et periculum est in mora, tunc adpellatio non admittitur; quae regula in materia appellationis ab omnibus agnoscitur»), F. MAUSONIO, *Tractatus de causis executivis*, (1626), Venetiis, 1654, q. VI, ampl. 29, n. 39, p. 186 (quando «de collectis agatur, semper in his partibus executive procedimus, et non obstante quavis exceptione, et appellatione, exactor deputatus debitores renitentes compellit», salvo che non risulti un errore di computo aritmetico nella somma iscritta «in matricula» rispetto alla capacità contributiva del contribuente accertata nei libri estimali), SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, cit., cap. II, q. 17, limit. 17, n. 1, p. 680 («in sententia lata ad favorem fisci, seu Caesaris, super tributis, seu debito fiscali ... non datur appellatio»).

(440) REBUFFI, *Tractatus de sententiis provisionalibus*, cit., *Praefat.*, n. 99, p. 11, registrando una prassi giudiziaria comune alla sua epoca: i casi citati a titolo d'esempio dall'autore sono, oltre a quello della «refectio viae» o «pontis» già richiamato (e per vero recepito anche dalla dottrina italiana, come s'è visto), quello della sentenza resa in tempo di guerra o di peste a carico di chi è preposto al governo della città, quello del decreto rivolto a prevenire una sedizione o un pericolo pubblico, quello dell'ordine di costruzione di opere militari funzionali alla difesa della città.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'esperienza d'oltralpe, un tratto tipico dell''ordonnance' o dell''arrêt de Police', iscrivendosi nella sua stessa natura e specializzandolo fortemente rispetto agli atti aventi carattere propriamente giurisdizionale (441).

Da noi, al contrario, se si prescinde dal settore strettamente tributario, non è dato riscontrare alcuna regola dottrinale di così ampio respiro. I giuristi si limitano per lo più a mettere in circolo brocardi dal tenore vago (come quello, per esempio, che esclude l''appellatio' «in omni actu, qui sit secundum iuris dispositionem... quia a iudice iuris dispositionem et decretum exequente non potest appellari») (442), atti a giustificare, all'occorrenza, deroghe anche consistenti al regime delle impugnazioni, senza però assumersi la responsabilità di scelte più radicali e definite. Soprattutto, così come la nostra dottrina si batte contro l'erosione legislativa del principio del contraddittorio, essa non nasconde pure la sua avversione per la clausola legale «non obstante omni appellatione» (443): ed offrendone un'interpretazione sempre restrittiva dichiara la propria indisponibilità a formalizzare principii generali conformi al suo tenore per comparti omogenei di materie.

In questo clima non stupisce rilevare, sfogliando gli statuti o gli atti d'ufficio di qualche magistratura 'amministrativa' d'antico regime, come talvolta le impugnazioni conservino una sorta di efficacia

---

(441) «Les sentences rendues en cette matière — cioè negli affari di 'police', sia al civile che al penale — s'exécutent par provision, nonobstant l'appel» recita per tutti il *Répertoire* di Guyot, cit., t. 13, p. 194.

(442) Il principio è così riassunto da MARANTA, *Speculum aureum*, cit., pars VI, rubr. *Appellatio*, n. 356, p. 532.

(443) La validità di tale clausola, per vero, è ammessa dai giuristi più facilmente di quanto non accada per le formule legislative dirette a sopprimere la citazione preventiva, poichè si ritiene che l''appellatio' sia semplicemente un istituto di diritto positivo, che quindi «potest tolli per principem» — contrariamente, come sappiamo, a quel che vale per la 'citatio' — (così, ancora, riassuntivamente MARANTA, *Speculum aureum*, cit., pars. VI, rubr. *Appellatio*, n. 340, p. 530). Mentre d'altro lato è ammesso comunemente il principio della non appellabilità della sentenza resa dal giudice arbitrario (in quanto «superior non potest inferioris conscientiam et animum immutare»: MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus*, cit., q. 70, n. 2 ss., f. 62 r.). Il che non impedisce però di proclamare «omnes leges quae prohibent appellationem, esse odiosae, cum sint contra regulas iuris communis, quae permittunt regulariter ab omni actu appellari, et ideo restringi debere prout possunt» (di nuovo MARANTA, *loc. ult. cit.*, n. 367).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sospensiva semi-automatica, a dispetto di ogni norma che le limiti o le escluda. Nonostante la continua reiterazione di ordini legislativi coi quali si ingiunge ai magistrati inferiori di eseguire «subito, liberamente, pienamente, Manu Regia e more Camerali li decreti, sentenze e mandati che rilasserete», e si toglie a quelli superiori «la facoltà di ammettere l'appellazioni all'effetto sospensivo» (444), il giudice *ad quem* continua spesso a concedere la sospensiva anche dal pagamento di spese generalmente urgenti, come quelle per l'ordinaria amministrazione comunitativa o per la realizzazione di opere di pubblica utilità (445). Come lamentano, tra i tanti, gli amministratori

(444) Così per esempio Alessandro VII in un suo chirografo del 1663, che reitera per l'ennesima volta alla Camera Apostolica l'ordine di mantenere l'efficacia esecutiva ai provvedimenti in materia di opere pubbliche emanati dai magistrati inferiori a ciò competenti (il testo completo in BRUGIOTTI, *Epitome iuris viarum et fluminum*, cit., p. 57). Si noti, restando nell'ambito del caso citato, che già a partire dal 1452 nello Stato della Chiesa esiste uno specifico divieto di appellare contro provvedimenti di questa natura: la cui immediata esecutorietà «non obstante omni appellatione» è stata confermata in seguito da almeno tre pontefici (e cioè da Alessandro VI nel 1495, da Paolo III nel quinto decennio del Cinquecento e da Pio IV nella bolla «Inter multiplices curas» del 1565).

(445) Cfr. ancora, sempre nell'ambito della problematica accennata alla nota precedente, la testimonianza resa da un contemporaneo nel 1669 a proposito delle contribuzioni per la viabilità extraurbana dello Stato Pontificio: «le Città, Terre o Castelli sfuggono anco loro con varj pretesti il pagamento, o perchè pretendino di non passare o non godere della via tassata, o perchè sia ingiusta la tassa con la regola del sussidio triennale, o altra regola simile, della quale si serve l'Architetto nel tassare, o perchè habbino accomodata la via nel proprio Territorio à loro spese, e con altri varij argomenti pigliano causa di gravame, e ricorrendo perciò alle appellazioni, ne nasce un'altra difficoltà, che benchè ci siano Chirografi speciali della sa.me. d'Alessandro VII che non possa dalla Camera Apostolica, nè da qualsivoglia Giudice sospendersi l'esecuzione delle tasse sotto pretesto d'appellazione, o di ricorso, niente di meno con varij modi si va differendo l'esecuzione della tassa, e resta scoperto il fabricatore; il quale perciò sta renitente nell'occorrenza di nuovo lavoro» (ancora in BRUGIOTTI, *Epitome iuris viarum*, cit., p. 71). Il problema si pone in termini analoghi anche in altri ordinamenti: nello Stato di Milano, per es., ancora nel 1761 si ricorre al Senato contro una sentenza del Giudice delle strade pretendendo che la sola presentazione dell'appello sia sufficiente a sospenderne gli effetti, nonostante che — come sappiamo — già dal Cinquecento la dottrina locale riconoscesse il carattere della provvisionalità a questo tipo di pronunce (cfr. *Constitutiones Mediolanensis Dominii*, cit., pp. 328-29: la domanda è respinta con l'argomento che la sospensione automatica «datur tantum inter partem et partem; non vero inter partem et iudicem procedentem ex officio», ma è significativo comunque che ancora il punto sia discusso in giurisprudenza).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della città di Milano alla metà del Settecento, concessa magari «per pochi giorni, la sospensione può rendersi per lo più indifinita per artifiziosa condotta delle Parti interessate», fino a far divenire «elusoria la esecuzione della molestia o dell'ordinato» (446). Il che risulta ancora una volta del tutto conforme sia alla ideologia ispiratrice dello Stato giurisdizionale (nel suo privilegiare il valore della giustizia rispetto a quello di una pronta soddisfazione dell'interesse collettivo), sia al primato che in esso detengono i grandi corpi giudiziari supremi, a cui lo strumento dell'appello conferisce un controllo assoluto su tutto quanto il reticolo delle magistrature inferiori.

15. Siamo giunti così a conclusione dell'itinerario che ci eravamo assegnati.

Pur in tutta la sua provvisorietà, esso evidenzia il totale disinteresse — quando non il consapevole rifiuto — della cultura giuridica d'antico regime a ricondurre l'attività di soddisfazione concreta dei pubblici interessi ad una tipologia funzionale unitaria e distinta rispetto all'amministrazione della giustizia da un lato, ed alla gestione del patrimonio 'privato' del corpo politico dall'altro. Rivelando parallelamente un buon livello di consapevolezza, da parte dei giuristi, nel collocare entro queste due categorie tutte le principali fattispecie che poi saranno ricomprese nell'ambito della funzione amministrativa.

A titolo di considerazione conclusiva, vorremmo ribadire ancora una volta che tale soluzione teorica non può essere archiviata sbrigativamente come una forma di attardamento del pensiero giuridico, incapace di adeguare il suo quadro di riferimento dogmatico

(446) Così, con riferimento alle cause in materia di contribuzioni civiche, un memoriale indirizzato dal Vicario di Provvisione alla Giunta del censimento nel 1749 (Archivio di Stato di Milano, *Censo*, P. A., n. 264, cart. 3). In effetti, il diritto proprio del Ducato ammetteva — *sub specie* di un ordine senatorio del 1548 — che il ricorso tempestivamente presentato in Senato contro le imposizioni di oneri comunitativi ne sospendesse la riscossione per un periodo di tre mesi (A. S. Garoni, *Commentaria in tit. De senatoribus No. Const. Status Mediolani lib. I, tit. IV*, Mediolani, 1643, p. 309); sì che il gravato che non riceveva immediata soddisfazione dalle magistrature inferiori non aveva «tema di surripere altre superiori provvidenze», come appunto quelle del magistrato camerale e del Senato, i quali a loro volta solevano spesso concedere ulteriori proroghe dall'esecuzione in pendenza di giudizio.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

all'espansione dell'attività pubblica caratteristica dello Stato moderno.

Certo, la mancata emersione di una categoria funzionale corrispondente ai nuovi compiti dell'apparato è anche la conseguenza di quella mentalità legalista e antivolontarista ereditata dal medioevo, che rende difficile accettare l'idea di un potere subordinato non diretto alla attuazione del diritto, ma alla semplice promozione discretiva del pubblico bene. Tale datatissima ideologia, però, si intreccia e si salda con una consapevolezza assai concreta: che cioè la missione del pubblico potere, in un ordinamento corporativo com'è lo Stato d'antico regime, consiste essenzialmente nel gestire la conflittualità tra le sue varie componenti interne. Il dissolvimento formale dell'amministrazione nella giustizia è un riflesso della struttura organica statale, così come essa si viene configurando nel corso dell'età moderna. Lungi dal presentarsi come un soggetto istituzionale unitario e compatto, lo Stato non è che il luogo dell'ordinato convivere di una pluralità di corpi organizzati (non solo territoriali, ma anche professionali, cetuali, religiosi, assistenziali ecc.), dotati di individualità giuridica propria e aggregatisi gradualmente tra loro, secondo relazioni di cui il sovrano non può tendenzialmente disporre (447). Il potere centrale è solo l'asse gravitazionale di questa galassia di enti. La cui 'amministrazione', quindi, anche quando sia ispirata ad un qualche 'progetto' e non limitata al semplice mantenimento dello *status quo*, deve sempre passare attraverso la composizione di una quantità di tensioni trasversali — per meglio dire: essa non è altro che questa composizione stessa, colta nella continuità del suo svolgersi —. La funzionalità dell'apparato, perciò, non si misura in termini di efficacia-efficienza nel perseguimento del pubblico bene (448), ma essenzialmente in termini di capacità mediatrice (sì che molti vizi tipici — per noi — della prassi amministrativa d'antico regime non sono percepiti e sofferti come tali dai contemporanei).

---

(447) Basti ricordare in proposito, a livello di tipizzazioni generali, il notissimo saggio di G. OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo moderno*, in AA.VV., *Lo Stato moderno*, a cura di E. ROTELLI, P. SCHIERA, vol. II, Bologna, 1971, p. 173 ss. Per un'ampia panoramica sullo stato della storiografia in materia cfr. ora M. FIORAVANTI, *Stato, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto* (in corso di pubblicazione).

(448) Lo ha avvertito MOZZARELLI, *«Pubblico bene» e Stato*, cit., p. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Anche i tentativi di ridefinire i rapporti tra centro e periferia tendono a dar luogo, data la struttura dell'ordinamento, a conflitti tra le varie frazioni della periferia stessa, che il centro è chiamato a risolvere nel rispetto dei diritti storici di ognuno. E il potere di giudicare, allora, continua a proporsi naturalmente come la forma immanente del potere subordinato *tout court*, secondo una concezione che morirà del tutto solo con la nascita dello Stato-persona contemporaneo e la soppressione del vecchio pluralismo giuridico infrasocietario. Mentre nell'ambito delle esperienze giuridiche anglosassoni, ove non si è prodotta alcuna frattura formale tra antico e nuovo regime sotto il profilo organizzativo, lo sviluppo dell'amministrazione è avvenuto senza che, a livello teorico, si sia avvertito il bisogno di formalizzare niente di simile alla nostra funzione amministrativa — e al diritto amministrativo che ne è l'involucro (449) —.

Non è un caso, del resto, che anche nel pensiero amministrativistico contemporaneo l'esigenza di 'obbiettivare' l'attività amministrativa (450) — cioè di non concepirla più come se fosse svolta

(449) Il che non significa, beninteso, che l'amministrazione anglosassone contemporanea non faccia uso di poteri di supremazia esteriormente abbastanza simili a quelli delle amministrazioni continentali, come a suo tempo aveva preteso Dicey favoleggiando di una amministrazione a diritto comune (tra i numerosi studi comparatistici in materia cfr. per es. B. SCHWARZ, *Le droit administratif américain*, Paris, 1952, p. 41 ss., M. LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration en droit Anglais et Français*, Paris, 1961, *per totum*). Solo che quei poteri, oltre a non appartenere all''Amministrazione' (che è un'entità inesistente in pratica e in teoria) ma a una varietà di organismi con soggettività giuridica distinta, sono concepiti come il prodotto di altrettante specifiche attribuzioni legislative e non come la risultante di principii generali dell'ordinamento («virtually, all administrative powers are statutory»: H. W. R. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1977, p. 203). Con la conseguenza, per esempio, che certi caratteri da noi considerati consustanziali alla funzione amministrativa — come l'esecutorietà degli atti correlativi — restano in linea di massima estranei all'attività degli apparati; e che sul piano scientifico la 'administrative law' non ha in comune con il diritto amministrativo continentale (inteso come sistema autonomo e formalizzato di istituti giuridici) molto più del nome (come in sostanza concludeva M. S. Giannini presentando al pubblico italiano la traduzione del manuale di Wade nel 1969).

(450) Si tratta, com'è noto, di una formulazione proposta da Feliciano Benvenuti in vari suoi interventi (*L'amministrazione oggettivata, un nuovo modello,* in *Rivista di scienza dell'amministrazione*, XXV (1978) p. 8 ss.; *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 807 ss.; *Ancora per un'amministrazione obbiettivata*, in *Studi giuridici della Facoltà di giurisprudenza dell'U-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'interesse esclusivo dello Stato-ente — ed il risveglio d'interesse per l'amministrazione 'giustiziale' d'oltre Manica (451) vadano di pari passo rispetto a quella profonda trasformazione in senso pluralistico che ha toccato il nostro ordinamento negli ultimi decenni. La configurazione classica della funzione amministrativa come esercizio di una potestà protesa soltanto all'autoappagamento del soggetto che ne è attributario presuppone infatti che quel soggetto (lo Stato) sia l'esponente di un interesse pubblico assoluto: cioè che esso abbia catalizzato su di sè la cura di ogni tipo d'interesse pubblico e che tutti gli interessi esterni a lui abbiano natura privata, e siano perciò per definizione soccombenti in caso di conflitto. Togliendo questo postulato, l'idea di attribuire ad un soggetto giuridico un potere autoritativo volto a realizzare i suoi fini a detrimento degli altri è pura aberrazione. Quando, allora, nell'àmbito di un certo ordinamento la titolarità dei pubblici interessi sia distribuita su di una pluralità di portatori distinti, la funzione dell'autorità centrale tende per forza ad 'obbiettivarsi', trovando la sua ragion d'essere più nel coordinare e nel rendere reciprocamente compatibile il perseguimento degli scopi altrui che non nel soddisfacimento dei propri.

Con ciò, d'altra parte, non si vuol certo indicare nella teoria funzionale dello Stato paleo-moderno un modello utile per la ricostruzione dell'attività pubblica di oggi. Per i giuristi intermedi, infatti, l'esercizio del potere ('iurisdictio') non consiste tanto nella ricerca di una ragionevole mediazione empirica tra i vari interessi sociali, quanto nella enunciazione di una mediazione assolutamente giusta e definitiva, com'è quella ottenuta dichiarando il diritto obbiettivo di cui il giudice è la 'viva vox'. Tale ideologia serve in maniera fin troppo evidente a rafforzare fittiziamente la legittimità delle decisioni pubbliche e ad attenuare la responsabilità di chi le assume, presentando il potere come puramente strumentale all'in-

---

niversità di Cagliari, XLIX (1980), p. 28 ss.). Sul dualismo amministrazione obbiettivata-amministrazione impersonata cfr. anche U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 269 ss.

(451) Che è poi quella svolta dagli *Administrative Tribunals* — organismi storicamente giovani, ma il cui profilo funzionale, integrando attività contenziose, regolamentari, di impulso e controllo, evoca subito gli antichi scenari che ormai ben conosciamo —: E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

veramento della *lex* ed enfatizzando l'imparzialità del suo titolare anche quando essa, di fatto, sia ben lontana da quella di un 'vero' giudice. Solidale con i valori di una società aristocratica e con la posizione privilegiata che in essa occupano gli 'oracoli della legge', questa rappresentazione sta e cade con una concezione ontologistica dell'ordine giuridico del tutto agli antipodi rispetto a quella propria della modernità. Tanto che l'avvento dell'amministrazione soggettivata ottocentesca (come entità ben distinta rispetto al potere giudiziario) acquista, sotto questo profilo, il significato di una salutare demistificazione (452).

Un miglior recupero, tuttavia, di questa remota memoria storica può forse tornar utile anche al giuspubblicista di oggi, se non altro per confortarlo in questa ritrovata certezza: che l'essenza indefettibile e originaria dello Stato moderno non è costituita affatto dal potere amministrativo e dalla funzione che vi corrisponde, come piaceva credere ai teorici del secolo scorso. Dietro a nozioni così compatte e 'necessarie', come quelle di funzione amministrativa e di atto amministrativo, si celano in realtà tipologie comportamentali pubbliche per secoli ricondotte senza sforzo entro categorie concettuali diversissime dalle attuali (453). Il che può costituire un incentivo al ripensamento critico di queste ultime.

---

(452) Secondo quello che ci è sembrato di poter concludere sostanzialmente in un lavoro precedente (L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *La scoperta del diritto amministrativo*, cit., cap. II).

(453) E ciò collima appunto con il rilievo — ormai comune nella giuspubblicistica — secondo il quale solo l'accentramento burocratico proprio dello Stato ottocentesco ha potuto dare la sensazione illusoria dell'esistenza di una funzione amministrativa omogenea in senso sostanziale (cfr. per es. G. BERTI, *Il 'rapporto amministrativo' nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Studi in onore di C. Mortati*, vol. II, Milano, 1977, p. 41 ss.; o, con specifico riferimento all'atto d'amministrazione, F. SATTA, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Roma, 1988; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «Atto amministrativo»*, in AA.VV., *Studi in onore di M. S. Giannini*, cit., vol. III, p. 747 ss.); laddove invece una «funzione amministrativa non esiste» ed in suo luogo esistono una quantità di funzioni distinte di cui sono predicabili pochissimi caratteri comuni (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 449 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

ASSOLUTISMO GIURIDICO E PROPRIETÀ COLLETTIVE *

1. Il tempo dell'assolutismo giuridico. — 2. Il problema di una 'proprietà collettiva' nel tempo dell'assolutismo giuridico: sordità, furori iconoclastici e liquidazioni fino alla legge di riordinamento generale del 1927. — 3. E dopo la legge del 1927. — 4. Le tracce d'un sentiero nuovo: *a*) la riflessione e l'azione di Giangastone Bolla. — 5. Le tracce d'un sentiero nuovo: *b*) l'art. 34 della legge 25 luglio 1952 n. 991. — 6. Le tracce d'un sentiero nuovo: *c*) nuovi atteggiamenti giurisprudenziali. — 7. *Condominium iuris germanici*: un fantasma benefico. — 8. Alterità dello schema giuridico della proprietà collettiva: la proprietà collettiva e il suo alveo culturale. — 9. Memoriale sommesso per l'interprete odierno.

1. Nei miei 'corsi' di Storia del diritto moderno, se v'è una elementare constatazione che mi premuro di sottolineare sempre agli studenti, è che l'età del liberalismo economico ha attuato il più rigido e sordo assolutismo giuridico, e che questo assolutismo seguiva ad un sostanziale e sentito pluralismo giuridico imperante nel colmo della civiltà medievale e di poi mai smentito sino alla fine dell'antico regime.

Constatazione fin troppo elementare — si dirà da taluno —, ma meritevole, a mio avviso, di essere enunciata e ribadita a causa dei troppi plagi culturali perpetrati fino a ieri nelle nostre coscienze, a causa della distraente mitologia risorgimentale e post-risorgimentale. L'urlo della Marsigliese e i mortaretti sparati per le carte dei diritti hanno troppo spesso impedito di avvertire quanto coartante e innaturale fosse il gran processo di legificazione e di codificazione sette-ottocentesco (1).

(*) Si pubblica qui l'intervento tenuto il 16 marzo 1990, in Roma, in occasione della Tavola rotonda organizzata dalla 'Libera Università Internazionale degli Studi Sociali' su *Proprietà comunitarie e usi civici: vicende e prospettive tra continuità e trasformazione.*

(1) Su questi aspetti dell'assolutismo giuridico abbiam creduto di richiamare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Il terzo stato al potere ha il merito non secondario di avere intuito — a differenza del Principe di antico regime — che *tutto* il diritto interessa al detentore del potere politico e che è nel monopolio della produzione giuridica la garanzia prima e più valida per quel potere. Dinnanzi a un diritto ormai tutto identificato nella volontà statuale ci si è beati di fonti certe e chiare, limpide nel dettato, robustamente pensate, fondate su un ammirevole sapere tecnico, e non si è riflettuto abbastanza su due conseguenze gravissime: il diritto si identificava ormai nel solo diritto ufficiale, e, come tale, tendeva sempre più a formalizzarsi, mentre un confine compatto veniva ad ergersi fra il territorio del diritto e quello dei fatti; la società civile continuava ad essere depositaria della produzione giuridica soltanto nella favola-finzione della democrazia indiretta sbandierata dalla apologetica filo-parlamentare, ma nell'effettività ne restava clamorosamente espropriata; il diritto veniva sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi a una sola cultura, impoverirsi, e identificarsi sgradevolmente nella espressione del potere e della sua classe detentrice.

Assolutismo giuridico significa tutto questo, ma per lo storico significa soprattutto inaridimento: il rigido monismo dettato da imperiosi principii di ordine pubblico impedisce una visione pluriordinamentale e, di conseguenza, pluriculturale, concependo un solo canale storico di scorrimento munito di argini tanto alti da evitare immissioni e commistioni dall'esterno. La regola, la norma, si generano in quel solo corso; il regolare, il normale, su quello si misurano. Tutto il resto ha due condanne pesanti: l'illecito o, ad andar bene, l'irrilevante. La stessa tecnica giuridica, la stessa estetica giuridica, qui si generano, si motivano, si autogiustificano. Fuori è il regno delle creature aberranti e mostruose, che destano la ripugnanza del sano giurista borghese o, tutt'al meno, ne eccitano il suo sentimento del ridicolo.

2. Tutto questo preambolo potrebbe sembrar troppo alato e troppo astratto, se non fosse invece la premessa puntuale per

---

l'attenzione in una nostra recente nota: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988), p. 518 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cominciare a parlare senza prevenzioni, con una totale disponibilità storicistica, del problema delle proprietà collettive nella cultura giuridica italiana di ieri e di oggi, del problema delle proprietà collettive in rapporto all'ordinamento positivo italiano. E mi piace che ne offrano il destro questa Tavola Rotonda e questo volume — che qui si presenta — ispirati a una sincera disponibilità culturale (2).

E cominciamo con un primo chiarimento, che è terminologico e concettuale insieme, e che è necessario preporre alle nostre pagine a causa della estrema equivocità dell'espressione 'proprietà collettiva'. È ovvio che la usiamo nel significato tecnico attribuitogli dalla tradizione dei giuristi, ma poiché presso di noi, in Italia — particolarmente dopo la legge del 1927 — 'proprietà collettiva' è un contenitore affatto slabbrato con un'ampiezza che va dall'uso civico alla proprietà comune e si presenta pertanto come un termine sottoposto a un uso anfibologico se non addirittura plurisenso segnando una non sempre corretta osmosi fra strutture relativamente accomunabili, è bene aggiungere che il fenomeno, cui soprattutto ci si riferisce in queste pagine, è quel paradigma di proprietà collettiva rappresentato dalle comunioni familiari e soprafamiliari, in cui l'appartenenza dei beni è imputata a una comunità ininterrottamente vivente nella storia e che si concretano in forme organizzative anche assai complesse di gestione dei beni comuni. Con l'ulteriore annotazione che il fronteggiarsi fra comunità e territorio, perché si traduca tecnicamente in un esperimento di proprietà collettiva, deve incarnarsi in un complesso di scelte tecnico-giuridiche (un tipico assetto decisamente comunitario dove non allignano indulgenze individualistiche e dove si ha una visione strettamente funzionale del rapporto coi beni) che attingono a singolari fondazioni antropologiche e culturali (la comunità — e la comunione — come valore sociale supremo; primato dell'oggettivo sul soggettivo). La proprietà

(2) La Tavola Rotonda è quella cui si fa cenno nella nota con asterisco al titolo del presente saggio; il volume è l'ampia raccolta di studi, già presentati in un convegno cadorino dell'86, ed ora pubblicati sotto la intitolazione: *Comunità di villaggio e proprietà collettiva in Italia e in Europa-Contributi al simposio internazionale di Pieve di Cadore, 15-16 settembre 1986*, a cura di Gian Candido De Martin, Padova, Giunta regionale del Veneto - Cedam, 1990.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettiva, quella autentica, cioè, non è mai soltanto uno strumento economico o un espediente giuridico, bensì una rappresentazione antropologica che affonda nei valori d'una certa civiltà agraria. Un'ultima aggiunta: se nelle pagine seguenti faremo i conti con l'espressione più piena — paradigmatica, dicevamo più sopra — di proprietà collettiva, è opportuno però sottolineare che, con la limitazione or ora posta, si rischia di eliminare tutta una gamma di proprietà collettive che oggi mostrano, per l'erosione da parte dei poteri pubblici o privati, un contenuto di godimento tanto limitato da ridursi visibilmente al livello di *ius in re aliena*, ma che qualitativamente — sia per origine storica che per natura giuridica — sono genuine anche se larvate forme proprietarie. Con questi chiarimenti ed avvertenze, riservandoci di tornare più avanti per maggiori precisazioni, si può ormai scendere senza indugi *in medias res* (3).

Il tema delle proprietà collettive è stato uno dei più illuminanti banchi di prova dell'assolutismo giuridico ottocentesco: durante quasi tutto un secolo l'unica reazione dello Stato monopolizzatore della produzione giuridica fu quella di rimuovere gli assetti proprietari collettivi. Senza essere sfiorato dall'ombra di un dubbio, mescolando indebitamente con ignorante protervia usi civici, partecipanze, università agrarie, comunanze, proprietà comuni, dovunque fossero situati, a qualunque radice storica si connettessero, con qualsivoglia struttura si fossero organizzati, il legislatore non ebbe che un solo pensiero incombente: quello che, con termine auschwitziano, è stato fino a ieri chiamato la loro 'liquidazione'.

In uno Stato borghese socialmente e politicamente fondato su un vivacissimo soggetto proprietario, con una concezione individualistica (e perciò potestativa) della proprietà privata, con una tensione precisa alla libertà economica e quindi anche alla libera circolazione dei beni (in cui particolarmente s'incarnava 'la liberation de la terre' vistosamente scritta sugli stendardi della Rivoluzione), in questo Stato tutto ciò che attiene alla appartenenza dei beni, anche se è segnato nei Codici civili, ha una rilevanza pesantemente pubblicistica, diventa inevitabilmente un problema di ordine pubblico, e perciò squisitamente costituzionale. È in coerenza con questa cer-

(3) Per dei chiarimenti sul significato sostanziale vedi più avanti le osservazioni di p. 541 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tezza fondamentale che lo Statuto albertino, nell'art. 29, sancisce che «tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili», riferendosi ovviamente con quel plurale a tutte le manifestazioni della proprietà individuale così come sono disegnate dal Codice sardo del 1837 e poi dal primo Codice unitario del Regno d'Italia del 1865. Chi osasse credere che quel plurale sia una anacronica anticipazione delle proprietà di pugliattiana memoria, si sbaglierebbe di grosso.

Certamente, i varii tipi di proprietà collettiva così estranei al modello di appartenenza segnato nei Codici civili, così scandaloso di fronte al buonsenso borghese per quel loro aperto sacrificare e condizionare — lo vedremo più avanti — le posizioni individuali alle esigenze del bene produttivo e della comunità suonavano rottura d'un ordine che, prima d'essere economico, costituiva l'ideologia più intima del nuovo Stato. E si sa bene che, senza troppe differenziazioni fra Stato italiano unitario e staterelli dell'età della Restaurazione, per tutto il secolo, almeno fino al 1888, si sopprime e si elimina dallo scenario quanto più è possibile di strutture di appartenenza collettiva; fino al 1888 e poi al 1894, quando più mature acquisizioni culturali consentiranno a personaggi ricchi e complessi quali Giovanni Zucconi e Tommaso Tittoni di operare qualche modesto argine e di inserire qualche incrinatura nell'infatuazione abolizionistica in occasione dei due grandi appuntamenti legislativi — appunto dell'88 e del '94 — sulle cosiddette servitù di pascere negli Stati ex-pontifici (4).

Fra le mille estrinsecazioni di una simile cultura giuridica ufficiale sorda e indisponibile a prendere atto di diversi e forse opposti sistemi di appartenenza ha una straordinaria franchezza espressiva la voce di Oreste Regnoli, civilista a Bologna, che scrive nel momento di acme dell'atteggiamento liquidatorio, e cioè nel 1882, anno in cui ancora quella cultura ufficiale non aveva subìto né turbamenti né

(4) Su Giovanni Zucconi e su Tommaso Tittoni vedi quanto ebbi occasione di scrivere nel volume: *'Un altro modo di possedere' - L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, soprattutto pp. 327 e 350 ss. Su Zucconi sono tornato recentissimamente col saggio: *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII (1989).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perplessità (5). In una memoria redatta per il municipio di Medicina sul tema dello scioglimento delle Partecipanze — memoria che appartiene a una libellistica teorico-pratica di ottimo livello, anche se viziata da palesi unilateralità — il Regnoli non ha esitazione nel qualificare la proprietà collettiva incarnata dalle Partecipanze come una «anomalia» (6), ma non una semplice e innocua deviazione dalla *regola* rappresentata dal diritto civile codificato, piuttosto una mostruosità che viene a negare le certezze più riposte dello Stato. Si conclude che è «evidente la incompatibilità delle Partecipanze in genere col diritto pubblico vigente», giacché la loro organizzazione «non solo è perturbatrice dell'ordine giuridico, sì anche economico, come quello che sottrae all'utile commercio vasti territorii, mantenendo una specie di manomorta in onta ai più elementari e più certi principii di pubblica economia, e di più poi è perturbatrice dell'ordine morale e della pubblica tranquillità» (7).

Parole grosse, che arrivano a scomodare la dimensione gelosa dell'ordine pubblico e quella stessa etica sociale dove continua a campeggiare quale modello insuperabile di cittadino il soggetto-proprietario, laboriosissimo e depositario d'ogni virtù così come avevan cominciato a disegnarlo i programmi fisiocratici; parole grosse, che posson sembrare incredibili e ridicole solo se non si tiene conto che il problema non è un semplice problema di più o meno efficiente organizzazione economica, di scelte cioè relative, ma che, al contrario, investe la messa in discussione di un modello avvertito come assoluto, cioè venato di pesante eticità; parole grosse ma con un carattere straordinariamente confessorio.

Nelle scoperte parole del giurista Regnoli non si invoca infatti tanto la convinzione post-illuministica del progresso incessante nella organizzazione sociale; non è tanto il problema strettamente giuridico del possibile inserimento degli assetti proprietarii collettivi

---

(5) Oreste Regnoli (Forlì 1816 - Bologna 1896) è forse più noto al grande pubblico come mazziniano fervente e protagonista nelle vicende risorgimentali della sua Romagna. Fu per lunghi anni professore di Diritto civile nella Università di Bologna.

(6) O. Regnoli, *Sullo scioglimento delle partecipanze. Memoria per il Municipio di Medicina ai Ministri di Grazia e Giustizia e dell'Interno*, Bologna, tip. Compositori, 1882, rist. in *Scritti editi ed inediti di diritto civile*, Bologna, Zanichelli, 1900, p. 353.

(7) Regnoli, loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nell'ordinamento positivo italiano, quanto il problema più propriamente politico di difendere un modello proprietario strettamente connesso con la ideologia ufficiale. Il problema della proprietà collettiva, quantitativamente modesto e circoscritto generalmente a remoti territorii montani, era però qualitativamente rilevantissimo per la conseguenza che inevitabilmente comportava, e cioè la ridiscussione da cima a fondo del modello portante; e questo non era lecito. La ridiscussione andava spenta prima che nascesse, con l'unico strumento idoneo: la liquidazione delle proprietà collettive. Le 'anomalie' sono di per sé dei mostriciattoli soltanto perché non combaciano col modello unico. Ogni venatura pluralistica è ignota, giacché il bene della società è riposto unicamente in quella tappa avanzata e forse ultima del processo giuridico rappresentata dai Codici civili. La visione assolutistica è totale.

Quel ch'è peggio è che una simile visione va ben oltre le rigidezze di quegli anni Ottanta quando Regnoli scriveva la sua memoria. Le incrinature — del resto, assai tenui — timidamente inserite nelle leggi precitate dell'88 e del '94 si spengono nella ostilità generale, e sarà il legislatore stesso, con la legge 8 marzo 1908, n. 76, a sospendere l'applicazione degli atti normativi precedenti per gli Stati ex-pontificii, mai ben digeriti a causa delle loro «prevalenze democratiche» (8).

Si giunge insomma alla legge di riordinamento generale 16 giugno 1927, n. 1766 con uno stato d'animo e un atteggiamento che non sono affatto cambiati. Una nota di speranza poteva ingenerarla la presenza fra i Relatori di Carlo Calisse, uno storico del diritto medievale di indubbia competenza e buon conoscitore degli assetti proprietarii collettivi dell'Italia centrale (9). Calisse non era però l'uomo culturalmente idoneo per mettersi nel solco antico degli Zucconi e dei Tittoni: era sinceramente fascista ed era conquistato

(8) L'affermazione la si può leggere nella relazione al Senato di Carlo Calisse in occasione della discussione per la conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751 (cfr. *Le Leggi*, a. 1927, p. 1060). L'intero, interessante testo di Calisse è riportato più sotto alla nota 13.

(9) Più che all'ampio saggio su *Le condizioni della proprietà territoriale studiate sui documenti della provincia romana dei secoli VIII, IX e X*, in *Archivio della Società romana di storia patria*, VI (1884) e VIII (1885), ci riferiamo alla monografia su *Gli usi civici nella provincia di Roma - Osservazioni*, Prato, Giachetti, 1906.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dall'idea suadente di una «sistemazione uniforme per tutto il Regno» che fosse immagine tangibile della unità della Nazione (10); aveva in passato dimostrato una assai relativa disponibilità alla comprensione dei meccanismi socio-giuridici di proprietà collettiva (11); per di più — e mi sembra un dato da non sottovalutare — era lo studioso che, pur allievo del germanista Schupfer, aveva sin dall'inizio propugnato in contrapposizione al maestro una visione di continuità romanistica per lo sviluppo della storia giuridica altomedievale in Italia, tratteggiando all'insegna di un pesante romanesimo anche le istituzioni del pieno medioevo barbarico (12).

Questo complesso di caratterizzazioni motiva sufficientemente la diffidenza verso gli assetti collettivi che traspare con chiarezza dalla stessa Relazione pronunciata da Calisse al Senato del Regno: le leggi che dal 1888 sono state promulgate per disciplinare le 'servitù di pascere' nelle provincie già formanti lo Stato Pontificio sono oggetto di aperta irrisione, come se quei legislatori (io leggo fra le righe — scritti a inchiostro simpatico — i nomi di Zucconi e di Tittoni) si fossero comportati unicamente da infatuati di anticaglie e inquinati da perverso spirito populistico (13).

---

(10) Vi insiste nella sua precitata *Relazione* al Senato, p. 1061.

(11) Il riferimento è al libello sopracitato: *Gli usi civici nella provincia di Roma*, un saggio dall'ispirazione assai ambigua. Vedi quanto rileva U. Petronio, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà* (Atti del Congresso Nazionale della Società italiana di storia del diritto — Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985), Milano, Giuffré, 1988, p. 509.

(12) Coglieva sostanzialmente nel segno il Solmi, quando, con frase condita di insopportabile retorica fascista, diceva di lui: «figlio di Roma, serbò fede alla antica e gloriosa madre del diritto, e rivendicò l'importanza del diritto romano nella spiegazione del diritto italiano del medio evo» (A. Solmi, *In onore di Carlo Calisse*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse* — vol. I — Milano, Giuffrè, 1940, p. 5).

(13) Nella *Relazione* cit., p. 1060, riferendosi appunto a quel complesso normativo, egli afferma: «si andò in traccia degli usi civici, si fecero risorgere anche dal silenzio di secoli lontani, si difesero con le più ardite presunzioni, si ricostituirono e si aumentarono i possessi collettivi, si dette vita giuridica a tutte le associazioni agrarie, tutrici e rivendicatrici dei diritti del popolo con ampie facoltà, fino a poter avere in occupazione provvisoria, che poteva anche diventare definitiva, le terre su cui si vantavano usi civici, non ostante che questi fossero d'altra parte contestati». Poco più sotto, nella stessa pagina, ritorna sul punto con la frase già riportata da me nel testo: «ma più che in altro luogo la insufficienza delle leggi si mostrò grave nelle provincie centrali,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

La legge del '27 fece quattro guasti clamorosi: volle essere unitaria, nazionale, realizzando quella che giustamente uno storico del diritto investito di altissime funzioni giudiziali avrebbe chiamato, molti decenni dopo, una «artificiosa uniformità» (14); non solo, ma costruì la norma generale sul calco «della classica e sempre gloriosa legislazione meridionale» (15), epperò non soltanto non tenne conto delle diversità locali (diversità ben spesso fondamentali sia per quanto attiene alla origine storica, sia alla costruzione giuridica), ma pretese di rivestire normativamente le situazioni particolari dell'Italia centro-settentrionale con una veste aliena e inidonea, commettendo un trapianto forzoso, innaturale e antistorico; fece d'ogni erba un fascio e strinse sotto la onnicomprensiva ma falsante dizione di «usi civici» situazioni oggettivamente non riconducibili entro quell'unico denominatore; si riportavano i diritti promiscui «in una sfera di diritto pubblico» in coerenza con le impostazioni generali del regime (anche se in contraddizione con il carattere condominiale loro riconosciuto) (16) e si perpetrava in tal modo un'altra innaturale

---

ove con le prevalenze democratiche, di cui si è già detto, si erano accesi oltre misura i desiderii delle popolazioni delle campagne...».

(14) Lo storico del diritto cui si accenna nel testo, è Giovanni Cassandro, che — quale giudice costituzionale relatore — così si esprime (Corte Costituzionale 8 giugno 1963, n. 87: Soc. an. Vascellari c. Assoc. agraria Schermetzein). Vedine il testo in *Comunioni familiari montane* - Testi legislativi, sentenze, studi e bibliografia, a cura di E. Romagnoli e C. Trebeschi, Brescia, Paideia, 1975 (la citazione è a p. 374). Per valutazioni parimente severe e parimente autorevoli da parte di storici del diritto sulla legge del 1927 cfr. G. Astuti, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, (1954), ora, in G.A. *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, E.S.I., 1984, II; G.P. Bognetti, *Per la riforma della legge sugli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, XXXIII (1954), parte I, p. 280 ss.

(15) Sono parole di uno dei primi adesivi commentatori (cfr. G. Curis, *Gli usi civici*, Roma, Libreria del Littorio, 1928, p. 20). Si vedano anche le pagine chiarificatrici di V. Cerulli Irelli, *Proprietà collettiva e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983, soprattutto p. 342 ss., dove si insiste sulla derivazione dalla legislazione murattiana del principio dominante dello 'scioglimento delle promiscuità'.

(16) Interessante la dettagliata relazione alla Camera del deputato Giacomo Acerbo, professore di Economia e politica agraria all'Università di Roma, colui che sarebbe stato dal '28 al '35 Ministro per l'Agricoltura e le Foreste (*Le leggi*, a. 1927, pp. 1068-69). Nella sua Relazione Acerbo insiste sulla esigenza che i diritti civici debbano «essere riportati in una sfera di diritto pubblico», legando ciò con parecchia inconsa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

operazione, ripugnando una riduzione pubblicistica, come vedremo tra poco, almeno a tutte le proprietà comuni dell'Italia centro-settentrionale.

Era, quello del '27, l'ultimo e più grave episodio di violenza legale, di sordità e di indisponibilità a tentar di capire le ragioni storiche e giuridiche di un fenomeno complesso e variegatissimo; tanto più grave, perché negli ultimi decenni del secolo precedente tutta una coralità di voci si era levata per togliere ai mostriciattoli collettivi la diffusa immagine di servitù abusive, di gravami del libero dominio, di rimasugli di assetti feudali, per restituir loro un volto autentico sia sotto il profilo storico che sotto quello giuridico.

Sempre trionfante era l'idea dell'onnipotenza del legislatore, della sua capacità di mutare 'de albo nigrum'; e sempre, l'identificazione fra cultura giuridica e cultura ufficiale, con un solo canale di scorrimento, con la preclusione più netta ad ammettere canali concorrenti e diversi in una visione autenticamente pluriordinamentale. Con la legge del 1927 il ricco fenomeno dei diritti promiscui e delle proprietà collettive ne usciva — nella visione monca di quel legislatore — prigioniero e anchilosato in una armatura normativa inidonea, che tendeva sempre più a soffocarlo in vista dell'auspicato sacrificio supremo.

3. Il regime fascista poteva avere più di un motivo per gradire questa legge uniforme, che affermava una visione squisitamente pubblicistica e che dava ai mille problemi una pretesa risposta a proiezione nazionale, e può essere comprensibile che, finché visse il regime, il fenomeno delle proprietà collettive si trovasse — per così dire — raffrenato sotto il peso incombente della legge. Ne sono una prova i primi due Congressi nazionali di diritto agrario, tenuti nel 1935 e nel 1938, dove ai nostri problemi viene dedicata una attenzione assolutamente irrisoria; ne è prova anche lo «Archivio 'Vittorio Scialoja' per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane», diretto dal '34 al '43 da Giangastone Bolla — colui che sarà uno dei più battaglieri paladini delle proprietà comuni alpine nel secondo dopoguerra —, dove, se si fa eccezione per

---

pevolezza e inconseguenza all'avere quelli ritrovato «la loro vera natura, quali diritti di condominio».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'ultimo fascicolo, lo spazio a un fenomeno che è tra i più vivi del patrimonio consuetudinario agrario italiano è decisamente ridotto (17).

Ma, quando, dopo il crollo del regime e l'instaurazione in Italia di una democrazia parlamentare, si constata che nulla muta nella coscienza del legislatore e dei giudici, allora è segno che si tratta del permanere — radicatissimo nelle coscienze — dello stesso atteggiamento mentale che sessanta anni prima aveva guidato la penna del civilista Regnoli; è segno che il plagio assolutistico si è calato nelle coscienze e vi domina indisturbato. Malgrado il mutamento istituzionale e il sovvertimento nell'ideologia politica, v'è una sottostante più profonda ideologia che trionfa e che reca come suo germe una pervicace intolleranza impeditiva d'una visione pluralistica dell'ordine giuridico.

Due esempi appaiono illuminanti.

Il primo concerne quello che è senza dubbio il più rilevante atto giudiziario con cui si apre — sul terreno delle proprietà collettive — il secondo dopoguerra: la sentenza 24 ottobre-27 dicembre 1947 emessa dal Commissario per la liquidazione degli usi civici per le provincie di Trento, Bolzano e Belluno, Giovanni Raffaglio, nella causa fra le Regole ampezzane e il Comune di Cortina.

Singolare la compresenza nella stessa vicenda giudiziaria di protagonisti significativi: il Commissario è il Raffaglio, un magistrato notissimo come autore di molteplici interventi in materia e soprattutto di un 'manuale' che ha corso molto nelle mani dei pratici e che ha avuto la fortuna di ben tre edizioni (18); che tuttavia — aggiun-

(17) È significativo infatti — e si riprenderà fra breve questo accenno — che l'*Archivio 'Vittorio Scialoja'* si chiuda, in quell'anno rovinoso ed estremo che fu il 1943, con un piccolo saggio di Bolla, saggio incompiuto e che — come tale — mi sembra particolarmente proiettato per l'innanzi anche se momentaneamente interrotto dai tragici eventi generali. Il saggio ha una intitolazione emblematica: *Per la tutela e la organizzazione della proprietà collettiva dei territori alpini ed in specie del Cadore. Note e proposte per una maggiore aderenza della legge 16 giugno 1927, n. 1766 a situazioni particolari*, in *Archivio 'Vittorio Scialoja'*, X (1943), pp. 25-41. È significativo anche che, proprio in questo fascicolo, Bolla pubblichi due laudi regolieri fra i 'Documenti per la storia giuridica dell'agricoltura'. Se ne veda più sotto (p. 523) una motivazione.

(18) Il riferimento è a: *Diritti promiscui, demani comunali, usi civici*, Milano, SEL, 1905, Nuovamente edito nel 1915 e poi ancora nel 1939.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giamo — non ha mai dimostrato né sensibilità culturale né robustezza di fondazioni storico-giuridiche ([19]); come patrono delle Regole, Giangastone Bolla, che aveva avviato da qualche anno un ripensamento critico sulla legittimità culturale della legge del '27 come normativa onnicomprensiva ([20]) e che insisteva sulla esigenza di una tastiera più varia e più ricca per l'interprete di quanto non offrissero gli usuali strumenti esegetici. Dirà, di lì a poco, Bolla, in un saggio del 1948 in cui si pone per la prima volta il problema degli assetti proprietarii collettivi nel quadro della novissima carta costituzionale, dichiarando meglio che altrove il metodo seguíto, i suoi ispiratori, le sue finalità operative: «se è vero che queste forme di utilizzazione del suolo hanno prodotto una forma di proprietà particolarmente atteggiata e ordinata, conviene darne la prova. E la prova deve essere dedotta non già da interpretazioni fittizie o parziali o atomistiche, bensì col sussidio di tutti quei mezzi che la scienza giuridica offre per identificare una fattispecie. Tali mezzi, come è noto, sono molteplici giacché si estendono all'etnologia, al diritto comparato e persino al linguaggio, ma noi ci limiteremo, per ovvie ragioni, a quanto è indispensabile alla ricostruzione organica del problema. Non potremo perciò prescindere dalla storia e da indagini tecnico-giuridiche sul modo di costituirsi della proprietà terriera...

([19]) La modestia del personaggio appare assai nitidamente da certi suoi interventi sulla neo-nata 'Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi', dove, immediatamente dopo il R.D. 22 Maggio 1924 n. 751 sul riordinamento degli usi civici del regno e la Legge di conversione 16 giugno 1927, n. 1766, Raffaglio esamina taluni assetti collettivi dell'Italia settentrionale per constatare se potevano rientrare nell'oggetto dei predetti provvedimenti normativi. Si veda, p.e., G. RAFFAGLIO, *Usi civici e asssociazioni nel trentino-Cenni e notizie*, in *Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi*, II (1926), p. I ss., dove il grossolano e vecchissimo criterio discriminativo proposto è tra «associazioni utili e inutili»; oppure *Le società di antichi originari in rapporto alla legge 16 giugno 1927*, n. 1766, *ibidem* IV (1928), dove (v. soprattutto p. 6) il problema è di vedere se si tratta di associazione agraria o piuttosto di «*una comunione civile* [il corsivo è dell'Autore] che dalla legge civile comune e dalla volontà dei condomini soltanto può avere regola e norma», un modo di riflettere angusto e miope che non sa disincagliare gli assetti proprietari collettivi dalle due leggi generali, il Codice civile con il suo condominio per quote e la norma del '27, e che si preclude pertanto ogni possibilità di reale comprensione del complesso problema.

([20]) La prima testimonianza sembra essere il breve saggio pubblicato nel '43 sullo *Archivio 'Vittorio Scialoja'* e a cui si è fatto cenno nella nota 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Né ciò appaia zelo eccessivo o ambizione di studioso, perché *ci muove soltanto lo scrupolo di assolvere meno indegnamente il nostro compito e l'intento* di concorrere ad un'opera riparatrice verso i montanari e di giustizia sociale» (21).

Il corsivo è di Bolla e sta a sottolineare — per il lettore non del tutto convinto — che queste sono affermazioni cui l'autore adduce il massimo rilievo, attengono al metodo e non agli orpelli esteriori, concernono l'essenza della bolliana 'recherche de la verité'. Il problema delle proprietà collettive resterà un mistero o diventerà un pernicioso fraintendimento, se l'interprete penserà soltanto allo Stato italiano, alla sua tradizione ufficiale, alle sue leggi. L'esegesi — cioè il passivo servilismo di fronte a uno *ius positum* — è una visione troppo angusta. Consapevolezza metodologica che scaturisce dalla coscienza che quelle strane proprietà nascono al di là dello Stato e al di là dello Stato si motivano, sono il segno di altre culture aliene o contrarie e di esse serbano il marchio inconfondibile che tutte le tipicizza. Le fonti del giurista-interprete — ma fonti in senso stretto — saranno la storia del diritto, il diritto comparato, le rilevazioni etnologiche e linguistiche assai più del sistema civilistico codificato. A meno che non si torni all'ideologia del mostriciattolo, che deve essere inesorabilmente soppresso.

Lo scenario che si apre all'interprete è tanto ampio quanto impegnativo; né sarà vano lusso per lui arrivare al grande dibattito ottocentesco sullo sviluppo delle forme storiche di proprietà terriera, perché probabilmente sarà riposto proprio lì il segreto di queste singolari 'appartenenze'. E nelle pagine di Bolla i protagonisti del dibattito entreranno in frotta, da Cattaneo a Valenti, da Tamassia a Schupfer, da Laveleye a Lamprecht, da Maine a

(21) Il brano è tratto dal discorso, letto a Udine il 26 agosto 1948 su invito della Associazione agraria friulana, *Per la tutela e il progresso della proprietà dei montanari nel quadro della Costituzione italiana*, pubbl. su *L'Italia forestale e montana*, II (1948), ora in G.G. Bolla, *Scritti di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 545 ss. Bolla aveva già espresso compiutamente il proprio pensiero, oltre che nel saggio incompiuto del 1943 citato alla nota 17, in un intervento assolutamente coevo alla vicenda giudiziaria di cui si parla, e cioè il discorso su *La proprietà regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, in *Atti del convegno regionale veneto per il miglioramento dell'economia montana*, Belluno, Benetta, 1946, p. 166 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Miaskowsky (22). Saranno pagine massificate, fitte di troppo frequenti e talora eterogenei richiami, con un apparato documentario spesso rozzo e spesso non decantato, pagine insomma culturalmente non rigorose, ma che traevano il loro intimo rigore nell'accortezza metodologica che le sorreggeva, nella coscienza limpidissima e — questa sì — rigorosa che il problema con le sue chiavi di soluzione stava al di là dello sguardo semplicistico e limitato dell'esegeta. Il rigore, che è doveroso riconoscere in Bolla, è nella ritrovata percezione dell'alterità degli assetti collettivi rispetto al diritto vigente italiano, e della conseguente assurdità di voler continuare a misurarli con delle unità di misura assolutamente falsanti.

Queste considerazioni sull'avvocato delle Regole ampezzane varranno a capir meglio in quale posizione pesantemente dialettica si collocasse invece il Commissario Raffaglio: «sapiente, illuminato di matura saggezza è il precetto ed insegnamento che all'intimità della storia si deve trarre luce e guida per la costruzione del sistema del diritto vigente; ma tale precetto deve ritenersi rivolto più agli studiosi ed ai legislatori che ai giudici, cui è dato soltanto con l'interpretazione analogica, e ricorrendo ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, supplire nei casi dubbi, a norme incomplete (art. 12 delle pre-leggi al codice civ.)»; pertanto «il caso in esame deve essere deciso alla stregua solo delle leggi esistenti ed applicando queste» (23); «la storia varrà a meglio rilevare la natura di queste istituzioni, seguirne la loro evoluzione per ricondurle e inquadrarle nel sistema giuridico vigente» (24).

---

(22) Dibattito e protagonisti, cui abbiamo fatto riferimento in *'Un altro modo di possedere'*, cit. Cattaneo, Valenti, Tamassia e Schupfer sono massicciamente presenti nella biblioteca privata di Bolla, e vi è presente 'L'ancien droit' di Maine nella traduzione francese di Courcelle Seneuil come il 'De la propriété et de ses formes primitives' di Emile de Laveleye. La biblioteca di Giangastone Bolla, conservata presso lo 'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato' di Firenze ed opportunamente mantenuta nella sua unitarietà, è specchio fedele e testimonianza vivente degli orientamenti dello scienziato.

(23) Vedi il testo della sentenza nella precitata raccolta, curata da Romagnoli e Trebeschi, *Comunioni familiari montane*, cit., p. 227 ss. (i passi qui riportati sono a p. 231-32).

(24) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tenendosi all'interno della cittadella della più stretta dommatica legalitaria, Raffaglio è completamente sordo al pluralismo di Bolla; la cultura giuridica, o, per meglio dire, quell'intreccio fra diversi filoni culturali, cui l'agrarista fiorentino si richiama, è un po' come l'equità: questa e quello convengono unicamente al legislatore. Il giudice dovrà misurare le strutture giuridiche delle Regole ampezzane soltanto con le linee del sistema positivo italiano vigente, e, se le misure non combaciano, non rimarrà che sforzare quelle singolari strutture fino a ricondurle al sistema e inquadrarle in esso. Alla storia è riservata una funzione strumentale e decisamente viziata da un'antinomia profonda: servirà a illuminare la reale natura degli assetti collettivi, anche se, alla fine, smentendo se stessa, sarà comunque chiamata a corroborare e definire l'operazione di riconduzione al sistema.

Ed ecco le conclusioni sul piano giuridico: agli assetti collettivi ampezzani, che chiedevano il riconoscimento della loro natura privatistica, risponde il Commissario: «si ritiene piuttosto che le Regole siano state e siano da considerarsi enti, persone giuridiche pubbliche...quindi dovrebbero quali altre associazioni agrarie oggi esistenti uniformarsi alle norme della legge di riordinamento degli usi civici che è quella della disciplina di tutte queste forme *anomale* [il corsivo è nostro] *di promiscuo godimento delle terre (art. 1 e 25 ultima parte legge citata e 58, 59 e 61 regolamento»* (25).

Si assiste all'eterno ritorno del discorso regnoliano sull'anomalia, un discorso vecchio che segnala il permanere d'una ferma indisponibilità a vedere con altri e più appropriati occhiali. L'occhiale per il giudice italiano è uno e uno soltanto. E continua l'incasellamento pubblicistico, che era stata la grande scelta della legge del 1927.

Quest'ultimo è un punto di grosso rilievo sia sotto il profilo storico-giuridico sia sotto quello unicamente tecnico, e vi ritornerò fra breve dopo aver fatto cenno al secondo esempio d'incomprensione culturale, che mi pare utile esaminare accanto alla sentenza Raffaglio. Questo esempio è il Decreto legislativo 3 maggio 1948, n. 1104 (Disposizioni riguardanti le Regole della Magnifica Comunità Cadorina), secondo il quale «alle Regole della Magnifica Comunità

(25) *Ibidem.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Cadorina costituite a norma degli antichi laudi e statuti, è riconosciuta la personalità giuridica di diritto pubblico ai fini della conservazione e del miglioramento dei beni silvo-pastorali pertinenti alle medesime, della gestione e godimento delle pertinenze dei beni stessi e dell'amministrazione dei proventi che ne derivano» (26).

Il legislatore repubblicano fa propria senza esitazioni la stessa scelta di quello fascista e proietta autoritativamente le Regole cadorine fra le figure giuridiche di diritto pubblico. Su questa scelta conviene ora soffermarsi un momento per una non dilazionabile riflessione. Il problema, che era emerso chiaro già dalle posizioni del Comune di Cortina e delle Regole ampezzane nel giudizio di fronte al Commissario per gli usi civici di Trento, Bolzano e Belluno, ridotto all'osso, consiste nell'incasellamento delle Regole in uno dei due territorii dell'ordine giuridico italiano, il pubblico o il privato; territorii pensati come divisi da confini assai netti. Se infatti l'inserimento nel 'pubblico' è la richiesta ovvia del Comune, Bolla non è da meno chiedendo per le Regole il riconoscimento della loro natura privatistica come proprietà comune di consorti coeredi. Anche se tatticamente una simile richiesta è comprensibile nell'economia della controversia, perché serviva — nella sua semplicità — a disincagliare gli assetti collettivi dall'abbraccio soffocante della legge del '27 (che era il primo e vero obbiettivo da raggiungere ad ogni costo), lo storico del diritto non può non elevare le sue più ferme riserve sull'applicazione agli assetti proprietarii collettivi dell'arco alpino (e, in genere, alle varie forme di proprietà collettiva) della dicotomia pubblico-privato. Del resto, già sul piano dello stretto diritto positivo, un intelligente amministrativista come Umberto Pototschnig, prendendo in esame la struttura giuridica delle Regole cadorine appena pochi anni dopo il d.l. del '48, non mancava di dichiarare la propria insoddisfazione di fronte all'inquadramento operato e preferiva parlare di enti privati di interesse pubblico (27).

Le ragioni delle sopradette riserve sono presto dette. La bipartizione in 'pubblico' e 'privato' come dimensioni nette e definite

---

(26) Così è stabilito nell'art. 1. Il testo del D.L. può essere consultato in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 46 ss.

(27) U. Pototschnig, *Le regole della Magnifica Comunità Cadorina*, Milano, Vita e Pensiero, 1953, p. 8 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presuppone una retrostante concezione di fondo che attribuisca, da un lato, rigorosa autonomia all'individuo e alla sua sfera, e, dall'altro, identifichi il sociale-politico nel macrosociale-politico sino a colorirlo di assolutezza e farne una entità forte, la più forte possibile; implica le due posizioni opposte dell'individuo e dello Stato, anche se l'uno all'altro legati in quel segreto sposalizio che rende simbiotiche e vicendevolmente in mutuo scambio le loro forze, com'è per il mondo giuridico-politico ulpianeo (al momento, cioè, del primo conio fortunatissimo della dicotomia) e com'è per il mondo politico-giuridico della ragion borghese (altro momento di straordinaria fortuna per la stessa dicotomia).

Gli assetti proprietari collettivi, invece, almeno quelli che si strutturano pienamente in autentiche proprietà collettive, sono reliquie di una civiltà socio-politica contrassegnata dalla assenza di realtà statuali e, al contrario, dalla efflorescenza vitale di società intermedie. Senza volersi immettere in un rischiosissimo e ingenuo discorso di origini, certamente i nostri assetti sono l'espressione di una società politicamente primordiale, connotata da un intenso particolarismo e politicamente assai rarefatto dove protagonista è il gruppo e dove Stato e individuo sono astrazioni irrealizzate e irrealizzabili. In questo mondo giuridico, se v'è un canone di misura inidoneo, è proprio quello della dicotomia pubblico-privato (28), per la semplice ragione che la comunità intermedia è sempre e comunque una sintesi delle due dimensioni, che in essa si compongono e si mescolano fino a perdere i tratti rispettivamente connotanti. Definire gli assetti collettivi quali persone giuridiche di diritto pubblico, come vorrebbe il Decreto legislativo del 1948, significa pertanto porre in essere una veste giuridica antistorica e, come tale, inidonea ed innaturale alla più gran parte delle situazioni di appartenenza collettiva. Significa compiere l'ennesimo atto di incomprensione e di

(28) Un giurista, che ebbe sguardo assai penetrante anche verso la storia degli assetti proprietari collettivi, Oreste Ranelletti, in un saggio non dimenticabile di quasi cento anni fa (non dimenticabile perché provvisto di molte cautele culturali, come si dirà più sotto alla nota 82), ammoniva — dietro il suo prediletto Gierke: «il diritto non era né pubblico né privato, era uno solo e di una sola maniera» (cfr. O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico - Teoria*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), p. 224).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

indisponibilità. Ma — si sa — il legislatore italiano è, verso gli assetti collettivi, come donna Prassede di manzoniana memoria, alla quale «accadeva di non vedere nel fatto ciò che c'era di reale, o di vederci ciò che non c'era» (29).

4. Fu circostanza fortunata che alcune Regole cadorine affidassero le sorti d'una loro vicenda giudiziaria contro il Comune di S. Stefano di Cadore a Giangastone Bolla, un avvocato fiorentino di cui abbiamo anticipato uno spezzone di operosità trattando della futura grossa controversia di fronte al Commissario Raffaglio. Egli era il personaggio adatto non soltanto per riuscire vittoriosi nella lite specifica, ma altresì per fare di questa e altre liti consimili il momento d'avvio per proiettare tutto il problema degli assetti proprietarii collettivi su un più generale piano dottrinale e di politica legislativa.

Bolla era infatti uno di quei rari giuristi in cui ricerca scientifica e insegnamento — quali funzioni connesse all'esercizio della cattedra universitaria (30) — si armonizzavano perfettamente con una professione forense di altissimo rango. Nella sua precedente esperienza il problema del credito agrario stava a dimostrarlo: percepito dapprima al solo livello operativo, era stato via via fatto salire di piano sino a divenire un problema scientifico e acquisire anche una sua precisa dimensione teorica. Come ho già altrove puntualizzato (31), lo studio professionale di Bolla — nel solco di una tradizione propria a molti giuristi fiorentini dell'Ottocento — è l'officina dove convivono e si arricchiscono vicendevolmente l'avvocato, lo scienziato, il politico del diritto, ma dove spetta sicuramente al mestiere forense vissuto sensibilmente un ruolo sollecitatore di rara intensità.

Se si pensa che il diritto agrario di Bolla si affermava innanzi tutto come diritto vivente, e come diritto vivente, reclamava la sua autonomia rispetto allo splendido ma freddo museo statuario del diritto civile affermando quale sua fonte non secondaria la consue-

---

(29) A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XXV.

(30) Bolla era dal 1933 professore ordinario di Diritto agrario nella Università di Firenze.

(31) P. Grossi, *Stile fiorentino - Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tudine generalmente tanto avvilita nei sistemi codificati; se si pensa che un siffatto diritto agrario non poteva non palesarsi gremito di storicità, tanto che — nella prospettiva del maestro fiorentino — l'analisi storico-giuridica veniva ad avere una degnità epistemologica di primario rilievo (32); si capisce perfettamente che l'avvocato-scienziato fosse conquistato dai vegeti fossili viventi degli assetti collettivi veneti, dalla loro immemorabile sostanza consuetudinaria e, cominciando con decisione la sua lunga duplice battaglia giudiziaria e dottrinale, la interpretasse come una battaglia per l'affermazione del proprio programma scientifico.

Nel tragico anno 1943 compaiono i primi segni di questa armonica azione congiunta: le memorie defensionali a stampa per le Regole cadorine (33), e, come abbiam già detto, il primo saggio scientifico (il primo di una lunga serie) «Per la tutela e la organizzazione della proprietà collettiva dei territorii alpini ed in specie del Cadore», che egli pubblica — in una prima e monca puntata — sull'ultimo fascicolo del suo foglio prediletto, lo «Archivio 'Vittorio Scialoja' » (34), prediletto per il fortissimo contenuto programmatico che il fondatore-direttore gli aveva conferito. In questo stesso fascicolo dell'*Archivio*, nella rubrica 'Documenti per la storia giuridica dell'agricoltura', si avvia quella che, nella mente di Bolla, avrebbe dovuto essere una folta raccolta di 'laudi', cioè di statuti autonomi, delle Regole cadorine, con la pubblicazione del Laudo di S. Stefano e Casada del 1444 e del Progetto di Laudo di S. Stefano e Casada del 1795; guarda caso, proprio i laudi delle Regole che, contemporaneamente, l'avvocato Bolla stava difendendo presso le Sezioni Usi civici della Corte d'Appello di Roma.

L'armamentario metodologico, che abbiamo visto svilupparsi più tardi davanti al Commissario Raffaglio, è già qui perfettamente

(32) P. Grossi, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in *Rivista di diritto agrario*, LI (1972) (Scritti per il cinquantennio della Rivista dedicati alla memoria di Giangastone Bolla), p. 35 ss.

(33) R. Corte d'Appello di Roma (sèzione usi civici) in replica al Comune di S. Stefano (appellante) per le Regole frazioni di S. Stefano di Cadore, di Campolongo, di Casada e di Costalissoio, Firenze, tip. Coppini, 1943; R. Corte d'Appello di Roma (sezione usi civici) — Comparsa integrativa di Campolongo, di Casada e di Costalissoio, Firenze, tip. Coppini, 1943.

(34) Vedine la citazione esatta a nota 17.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

presente: gli storici del diritto (Pertile, Schupfer, Salvioli, Bognetti, Solmi) la fan da padroni con l'economista Ghino Valenti, con i linguisti Battisti e Serra; di quest'ultimo, un saggio toponomastico sulla continuità nel medio evo delle comunità rurali romane e pre-romane ([35]) fornisce a Bolla un ulteriore prezioso argomento per fondare la convinzione che tutti questi assetti collettivi alpini nascevano dal grembo di una remota coinè europea.

Van sottolineati due punti: Bolla non cade e non cadrà mai nel tranello pseudo-culturale di voler caratterizzare troppo specificamente le origini di queste comunità (come si vedrà, tra breve, fare dai molti che parlan senza mezzi termini di *condominium iuris germanici* ([36])), anzi tende e tenderà sempre a coglierle come frutti di un cumulo di circostanze strutturali e antropologiche comuni a una civiltà autenticamente europea; comunque, Bolla ritiene un'assurdità metodologica guardare a questi assetti con gli occhiali deformanti della legislazione del Regno d'Italia: quella legislazione non li concerne.

Ma non basta: Bolla, nel primo smilzo volume — che appare dopo la catastrofe bellica e il crollo del regime fascista — dell'altro foglio di sua creazione, la 'Rivista di diritto agrario', riprende con vigore un tema su cui aveva tanto insistito in passato, quello della raccolta delle consuetudini agrarie ([37]), che ai suoi occhi era destinato ad assurgere a una sorta di *corpus* di diritto vivente. Nella pagina introduttiva c'è traccia di una polemica con l'antico Guardasigilli fascista Alfredo Rocco, che conviene leggere con attenzione

---

([35]) Ci riferiamo al saggio di Giandomenico SERRA, *Contributo toponomastico alla teoria della continuità nel medioevo delle comunità rurali romane e preromane dell'Italia superiore*, Cluj, Cartae Românească, 1931. È notabile come questo saggio — appartato, lontano dal campo specifico del giurista, stampato in Romania — facesse parte degli strumenti di lavoro di Bolla. Per una precisa utilizzazione dei risultati delle ricerche glottologiche nel campo della storia delle proprietà collettive e degli usi civici, nonché per una specifica utilizzazione del saggio di Serra, cfr. G.P. BOGNETTI, *Ascua et pascua*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, cit.

([36]) Cfr. più avanti, tutto il § 7.

([37]) Era stata l'oggetto di una sua vecchia proposta, nel 1924, alla Accademia dei Georgofili (cfr. G.G. BOLLA, *La raccolta nazionale delle consuetudini agrarie* (1924), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 195 ss.). Da allora sarà un tema costantemente presente alla sua vigilanza scientifica.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

perché conferma e vieppiù motiva il suo atteggiamento metodologico di fondo (38). Bolla aveva trangugiato male il discorso che il Ministro aveva tenuto insediando, nel 1930, la Commissione reale per la raccolta delle consuetudini; l'aveva trangugiato male soprattutto in quella parte in cui Rocco dichiarava sembrargli «contraddittorio nel presente periodo della vita italiana, che è contrassegnata indubbiamente dal rifiorire della idea dello Stato, esaltare l'idea dello Stato e al tempo stesso proclamare che esso divida con altre organizzazioni e con altre forze sociali l'attributo essenziale della sua sovranità, l'esercizio della funzione legislativa» (39).

Discorso miope e rozzo, indegno di un giurista fine e colto quale Alfredo Rocco fu, certamente discorso ufficiale e di regime. Replica Bolla: «Questa impostazione evidentemente non teneva conto del carattere tradizionale del diritto agrario, il quale è un aspetto di quel «diritto dei privati, che i privati stessi creano per regolare determinati rapporti in mancanza o nella insufficienza della legge statuale» (Cesarini-Sforza); è un diritto di organizzazioni collettive preesistenti allo Stato, sviluppatosi in modo autonomo *iuxta propria principia* (Del Vecchio). Ma essa poi è nettamente capovolta nella nuova Costituzione italiana, la quale conferisce alla 'Regione', entro i limiti dei principii generali dell'ordinamento dello Stato, competenza normativa specifica in materia agraria. Lo Stato democratico, cioè, vuole che accanto all'aggregato statuale, altre forze sociali e gruppi minori producano diritto per disciplinare i propri interessi secondo un apprezzamento locale e decentrato» (40).

Contro l'esponente d'un regime autoritario e portatore d'una visione assolutistica nella produzione giuridica, Bolla riscopre e motiva le venature più riposte del suo pluralismo giuridico: il diritto agrario — fenomeno per eccellenza consuetudinario, scritto nella natura delle cose più che nell'arbitrio degli uomini — preesiste allo Stato ed è il prodotto di forze spontanee che agiscono in un àmbito di sostanziale autonomia. I filosofi soccorrono a fondare questa alterità, soprattutto Cesarini-Sforza con la sua recente riflessione

(38) G.G. Bolla, *Consuetudini agrarie e necessità di procedere ulteriormente alla loro raccolta*, in *Rivista di diritto agrario*, XXIII-XXVI (1944-47), p. 101 ss.

(39) Le parole di Rocco sono riportate da Bolla, op. ult. cit., p. 102.

(40) Loc. ult. cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

teorica sul 'diritto dei privati' (41). E vi soccorre la Carta costituzionale novissima della nuova realtà istituzionale italiana, dove il solidarismo cattolico è riuscito a scrivere tra i principii fondamentali la legittimazione piena delle formazioni sociali.

Questa affermazione di pluralismo giuridico, entro cui salvaguardare dalle ingerenze statuali la genuinità di ogni fenomeno consuetudinario agro-forestale, è rilevante: sarà infatti con una disponibilità autenticamente pluralistica che si dovrà guardare a quei fenomeni consuetudinari particolari che sono le Regole dell'arco alpino, fenomeni — più che extra-legislativi — extra-statuali, perché solo un occhiale pluralistico sarà in grado di comprenderli e rispettarli.

Negli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale l'opera di Bolla si fa intensissima e il nemico da abbattere appare sempre di più «quell'accentramento legislativo che tende ad imporre *leggi uniche* a situazioni diverse, a negare forme storiche di *autonomia locale e di gruppi* che attraverso il lavoro e l'esperienza di secoli, forse di millenni, hanno acquistato il diritto di regolar da sé i propri interessi mediante istituti che sono fondamentali per la vita sociale e l'economia di importanti regioni» (42). Si tratterà di corpose memorie redatte per conto degli amici regolieri e rivolte ai nuovi governanti democratici, autentiche riflessioni dottrinali più che scritti di parte (43); si tratterà di interventi in manifestazioni congressuali (44) o in seno alla Accademia dei Georgofili sempre comprensiva per le sue iniziative (45).

---

(41) Il saggio di Widar Cesarini-Sforza appare, nella sua prima edizione, nel 1929.

(42) G.G. Bolla, *Le comunioni familiari ereditarie dei territori alpini e la legge 16 giugno 1927 sul riordinamento degli usi civici* (1947), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 502.

(43) Di singolare rilievo è la seguente, che rappresenta la prima compiuta silloge del pensiero di Bolla in proposito: *Per la tutela della proprietà comune 'regoliera' del Cadore*, Firenze, tip. Coppini, 1945.

(44) *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, in *Atti del convegno regionale veneto per il miglioramento dell'economia montana* — Belluno 7-8 settembre 1946, cit.

(45) Nel 1946, a Firenze, il Congresso nazionale della montagna e del bosco aveva espresso il voto che fosse affidato alla Accademia il compito di trarre spunto dalle discussioni congressuali per formulare proposte concrete al Governo. L'Accademia costituì una Commissione, di cui faceva parte Bolla. Fra le 'Proposte di provvedimenti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nel convegno bellunese del settembre 1946 sul miglioramento dell'economia montana, dopo avere apertamente protestato contro le «conseguenze lesive ed incongrue» (46) della legge del 1927, non esita a riannodarsi nelle conclusioni alle meditazioni di quegli studiosi che, per primi, nel secolo XIX, dando scandalo ai benpensanti, parlaron di forme alternative di proprietà. Dice Bolla, facendo il punto sulla riflessione ed azione culturale fino a quel momento: «L'indagine lunga e non sempre facile condotta sulle fonti del diritto popolare cadorino — lo Statuto del Cadore ed i Laudi — ha proceduto con metodo positivo e induttivo. Ed all'osservazione dei fatti eseguita nel Comelico, nello Ampezzano, e per ragioni di controllo nel Trentino, in Alto Adige, altrove, si è aggiunta un'operazione di collegamento organico dei fatti simili, ed una loro valutazione anche sotto l'aspetto economico oltre che storico e giuridico. Considerando così i fatti esterni, oltre che interni, dai quali sorge il diritto delle genti del Cadore, è possibile stabilire in modo certo che, nella specie, non si tratta di usi o di abusi, di privilegi o di usurpazioni, ma di un modo di possedere le terre, di un regime insostituibile di godimento del suolo che è impossibile modificare senza distruggere insieme anche un'economia locale più che millenaria» (47).

Vengono a mente Ghino Valenti, Zucconi, Tittoni che battevano l'Appennino marchigiano o la campagna della Tuscia per

---

a favore della montagna' c'è questa specifica sul nostro tema (prop. III-c): «riparando ad una lacuna delle vigenti leggi sugli usi civici, converrebbe, inoltre, riconoscere la giuridica esistenza delle tradizionali associazioni di fatto, comunque denominate, composte di determinate famiglie riconosciute titolari della proprietà dei beni aviti, in comune godimento delle famiglie stesse. A tali associazioni dovrebbe essere permesso di continuare ad amministrare ed a godere i rispettivi beni in conformità de' propri statuti...Questo riconoscimento dovrebbe poter essere ottenuto anche indipendentemente da preesistenti sentenze passate in giudicato» (le proposte sono riportate in una memoria letta nell'adunanza del 23 novembre 1947 dal Vicepresidente Angelo CAMPARINI, *Le proposte relative ai provvedimenti a favore della montagna elaborate dalla Commissione nominata dall'Accademia*, in *I Georgofili-Atti della Accademia dei Georgofili*, s. VI, XI (1948). Non è chi non veda la mano di Bolla almeno in questa particolare proposta; e dell'avvocato Bolla nell'ultima cautela inserita in calce e che testimonia la preoccupazione dell'operatore del diritto.

(46) *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, cit., p. 170.

(47) *Ibidem*, pp. 170-71.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

constatare induttivamente sul campo — come oggi aman dire i sociologi — l'estensione, la strutturazione, il grado di incidenza dei dominii collettivi; facendo parlar le cose, dopo che troppe volte il legislatore aveva detto la sua senza alcuna nozione certa di ciò che andava a violentare, forte soltanto delle proprie incancellabili prevenzioni. È a questi grandi esploratori che idealmente si rifà Bolla. Si noti: anche se Carlo Cattaneo non è qui espressamente citato, il frasario e il *cursus* solenni e sentiti richiamano le espressioni cattaneane sugli assetti collettivi della pianura ticinese di Magadino e quel suo suggestivo e incisivo insistere sulla *alterità* del pianeta giuridico-sociale 'proprietà collettiva' rispetto alla ufficialità circostante (48).

5. Giangastone Bolla, avvocato, organizzatore di grosso talento, era pure singolarmente vocato alla organizzazione del consenso. I suoi interventi, anche se intessuti di un notevole spessore teorico, si chiudono però sempre in una proiezione operativa, con un 'ordine del giorno' e un 'voto' rivolti a politici, ad amministratori locali se non addirittura allo stesso Governo centrale e allo stesso Parlamento nazionale. Così è nel Convegno bellunese sulla economia montana, dove Bolla sembra voler profittare della presenza del Ministro per l'Agricoltura e le Foreste Antonio Segni (49); così è nel convegno udinese della Associazione agraria friulana, del 1948, dove interlocutori sono i futuri enti regionali previsti dalla Costituzione (50); così è per il lungo saggio del 1951 a cui Bolla affida il proprio

(48) Per il 'passo' di Cattaneo, tutto incentrato su «un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli fino a noi», cfr. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 35.

(49) BOLLA, *La proprietà Regoliera del Cadore e la legge sugli usi civici*, cit., pp. 182-83.

(50) *Per la tutela e il progresso della proprietà comune dei montanari nel quadro della Costituzione italiana*, cit. Scrive Bolla nella parte finale, propositiva: «Si assumano sostanzialmente i seguenti criterii specie negli Statuti regionali - Autonomia della proprietà comune dei montanari in conformità della sua destinazione privata e dei suoi interessi che attengono alla produzione, al lavoro, al popolamento montano - Rinvio espresso della legge agli ordinamenti consuetudinari che regolano la proprietà comune dei montanari analogamente a quanto ad es. dispone il codice civile per le comunioni coloniche (articolo 2140 c.c.) - Potenziamento della proprietà comune... - Facoltà di estendere l'istituto della proprietà comune su terre degli enti pubblici» (vedi oggi la citazione in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 561).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

definitivo messaggio scientifico e che, — quasi per sottolineare la dimensione prevalentemente dottrinale — pubblica sullo 'Archivio per l'Alto Adige', la Rivista che l'amico glottologo Carlo Battisti dirige e stampa a Firenze (51). Qui il destinatario dell'apostrofe finale è il legislatore italiano impegnato nell'approntamento di una nuova legge per la montagna e che è chiamato a inserire nel condendo testo normativo «una formula» che colmi le passate lacune, elimini i passati fraintendimenti separando nettamente terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi, cancelli le passate inique violenze legali. Bolla fa qualcosa di più: confeziona la formula e la propone in ogni dettaglio. È la formula, che sarebbe diventata — di lì a poco — l'art. 34 della legge 25 luglio 1952 n. 991, la cosiddetta prima legge per la montagna.

Certamente, in quegli anni del secondo dopoguerra, diverse forze concorsero a che si arrivasse — faticosamente — a quel risultato, ma è indubbio che un nesso funzionale lega l'art. 34 all'insistente, infaticabile scavo di Bolla, che riuscì a invertire la direzione del legislatore e capovolgere un atteggiamento che pareva radicatissimo; che riuscì però, prima di tutto, a creare una diversa coscienza — più cólta, più disponibile — sulle disprezzate — ma troppo spesso disprezzate perché ignorate — proprietà collettive.

Compariamo i due testi. Recita così la formula di Bolla: «Le comunioni familiari delle regioni di montagna nell'esercizio dell'industria agro-silvo-pastorale continuano a godere ed amministrare i loro beni aviti in conformità dei rispettivi Statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore sotto cui sorsero» (52). Recita l'art. 34 (Comunioni familiari): «Nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo -pastorale; dette comunioni continuano a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore».

Non è soltanto la formula legislativa che segnala chiaramente il

---

(51) *Terre civiche e proprietà comuni di consorti coeredi regolate dal laudo*, in *Archivio per l'Alto Adige*, XLIV (1951), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 599 ss. Bolla faceva parte dello stesso Comitato di redazione dello 'Archivio per l'Alto Adige'.

(52) Vedila in *Terre civiche e proprietà comuni*, cit., p. 633.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

calco su cui si era modellata (53), non è soltanto la voce stessa di Bolla che menerà — qualche anno dopo — vanto della cosa e avrà cura di far rilevare l'appropriazione da parte del legislatore (54); non è soltanto il riconoscimento che gli tributerà il futuro legislatore della seconda legge per la montagna, la legge 3 dicembre 1971 n. 1102 (55); è soprattutto il patrimonio ideale di Bolla che diventa il contenuto sanguigno della nuova legge, raro esempio di penetrazione della scienza giuridica entro la cittadella murata del legislatore. Forse era la prima volta che una legge dello Stato italiano prendeva atto dell'esistenza di un *altro* diritto consuetudinario concorrente allo Stato ed a quello rinviava per la disciplina degli assetti proprietarii collettivi. Era la prima vistosa incrinatura che si verificava nell'impermeabile assolutismo giuridico del legislatore italiano (56).

6. Continuando la linea di discorso fin qui tenuta e mantenendo lo stesso angolo d'osservazione, è doveroso dar breve conto di alcuni giudicati che mostrano con chiarezza i segni di una nuova sensibilità anche sul terreno della giurisprudenza pratica: una sentenza del 1964 della sezione IV del Consiglio di Stato (57) a proposito delle Regole cadorine e una del '67 della Corte d'Appello

---

(53) O quanto si dice negli stessi lavori preparatorii della legge e, in particolare, nella stessa Relazione del Ministro Fanfani, dove — financo nelle citazioni bibliografiche e nella invocazione di antichi mentori — è palese l'influsso di Bolla (cfr. i testi raccolti in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 56 ss.).

(54) *Criteri d'interpretazione e di applicazione dell'art. 34 della legge 25 luglio 1952, n. 991 in favore dei territori montani*, ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 850, nota I.

(55) Cfr. quanto si dice nella Relazione della Commissione agricoltura, al Senato, dove si tiene a «ricordare l'opera appassionata svolta per decenni in difesa delle istituzioni particolari dell'arco alpino da un insigne studioso testé defunto, Giangastone Bolla, che seppe restituire alle popolazioni piena consapevolezza e fiducia in questa partecipazione collettiva all'economia silvo-pastorale» (vedila riportata in *Comunioni familiari montane*, cit., p 68).

(56) Per i fini di questo saggio conviene arrestarsi qui. Chi volesse saperne di più sullo sviluppo della legislazione nazionale e regionale può ricorrere a E.ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1986, una 'voce' assai chiara ed informata.

(57) Consiglio di Stato - sezione IV, 22 gennaio 1964, n. 10 (vedila in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 352 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di Roma - Sezione usi civici (58) a proposito della Regola Feudale di Predazzo.

Il problema affrontato dalla prima riguardava il grado di incidenza che sulla struttura giuridica delle Regole Cadorine aveva avuto il D.L. del 1948 con la sua forzosa riconduzione a persona giuridica di diritto pubblico. «Prima dell'entrata in vigore del D.L. 3 maggio 1948, n. 1104, era pacifica opinione che le Regole sorte come associazioni di valligiani sulla base del vincolo agnatizio, costituissero delle corporazioni, i cui membri godevano in comunione (*condominium iuris germanici*, o 'a mani riunite') i beni dei quali avevano preso possesso *ab antiquo*, definendone con 'laudo' le modalità d'uso comune». E dopo? Risponde il Consiglio che «i regolieri conservano tuttora la proprietà comune» e «ben possono agire a tutela della stessa che, *iure germanico*, non è comproprietà per quote ideali, ma comproprietà solidale» (59).

Nel secondo giudicato la Corte d'Appello di Roma, chiamata a riformare la sentenza del 15 settembre 1941 del Commissario per gli usi civici delle provincie di Trento e Bolzano con la quale si definiva la Regola Feudale di Predazzo una associazione agraria e a individuare la reale sua natura giuridica, conclude che «la Regola non è un'associazione agraria, ma una vera comunione privata, i cui partecipanti hanno in comune la proprietà delle terre di cui trattasi», e aggiunge: «le antiche Regole proprie del Trentino-Alto Adige e del Cadore (ed estese anche in Svizzera) traggono le loro origini dal diritto germanico e sono sorte per lo più come ristrette associazioni di valligiani di regola imperniate nel vincolo agnatizio, in base a titoli particolari di occupazione e concessione di beni per lo più feudali e hanno mantenuto nel tempo il carattere di corporazione tra appartenenti alle famiglie degli originari regolieri. I partecipanti godevano in comunione quei beni secondo il principio del *condominium iuris germanici* e *a mani riunite*, per il quale manca il concetto di quota di comproprietà della comunione tramandata dal diritto romano e il diritto sulla cosa appartiene all'intera comunità dei partecipanti» (60).

---

(58) Corte d'Appello di Roma - sezione usi civici, 10 ottobre 1967 (vedila in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 388 ss.).

(59) Vedi i testi in *Comunioni familiari montane*, cit., p. 353.

(60) Vedi i testi in *Comunioni familiari montane*, cit., pp. 391-292. Almeno nella

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per quanto ne so, è la prima volta che — con questa puntigliosa precisione — ci si riferisce nella giurisprudenza italiana al *condominium iuris germanici* e allo *ius germanicum*. Sulla sostanza di questo singolare riferimento e sui problemi metodologici che, sul piano storico-giuridico, viene ad implicare ci si diffonderà fra breve. Ora, preme di sottolineare la percezione — affiorante alla sensibilità dei giudici — che la vita giuridica delle Regole cadorine e altoatesine non scorre nello stesso alveo della generalità della vita giuridica italiana, che esse stanno *al di là*, dove vigono principii e valori giuridici diversi.

Questa *alterità* di atteggiamenti di vita e di cultura fondamentale viene rozzamente e riduttivamente individuata nell'universo giuridico germanico, ma è rilevante la percezione sicura che l'ordine giuridico che si dispiega nel territorio della Repubblica italiana non coincide col diritto ufficiale né tanto meno col diritto legislativamente imposto dagli organi centrali. L'esperienza giuridica, al contrario di quella politica, è una realtà plurale, che costumi e culture diverse contribuiscono a rendere variegata, e che l'interprete — se vuol corrispondere al suo cómpito — ha il dovere di rilevare nella sua varietà senza artificiose forzature; perché quella varietà attiene alla natura stessa dell'esperienza.

7. Nei due giudicati del Consiglio di Stato e della Corte d'Appello di Roma compare un ospite nuovo per le elaborazioni della prassi giudiziaria italiana: il 'condominium iuris germanici'. E qui conviene fare una sosta per togliere equivoci al nostro discorso, renderci esattamente conto con quale strumento storico-giuridico e tecnico-giuridico abbiamo a che fare, e misurarne spassionatamente il suo rilievo su diversi piani. In un mio precedente lavoro parlai senza mezzi termini di «figura fantomatica» (61), una immagine che

---

nostra ottica, non risulta gran che utile la lettura né delle motivazioni del Pubblico Ministero Antonio Palermo (cfr. A. Palermo, *Natura giuridica della Regola feudale di Predazzo*, in *Rivista di diritto agrario*, XLVII (1968), II, p. 57), né della annotazione prontamente fatta alla sentenza da un Bolla sempre vigile ma ormai stanco e ripetitivo (cfr. G.G. Bolla, *Inapplicabilità della legge 16 giugno 1927, n. 1766 alla proprietà regoliera*, in *Rivista di diritto agrario*, XLVIII (1969), II, p. 3).

(61) Grossi, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 385. Decise riserve sull'uso disinvolto e acritico di un simile schema interpretativo sono anche nelle pagine di uno

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è ripresa nella intitolazione di questo paragrafo dove però si parla di un fantasma dalla benefica influenza. E poiché il savio lettore sa che i fantasmi sono inesistenti e inefficaci nel bene e nel male, converrà tentare un chiarimento definitivo, che non fu dato nemmeno nel mio volume del 1977 perché estraneo all'economia di quella ricerca.

Di *condominium iuris germanici* si parla sparsamente dal Seicento in poi, da parte di autori tedeschi, ma è soltanto con il grande germanista ottocentesco Georg Beseler (62) che la figura si delinea compiutamente. Beseler ne adopera il concetto già nel 1835 nella monografia sugli *Erbverträge* (63) fissandolo qualche anno dopo nel suo pensatissimo manifesto programmatico 'Volksrecht und Juristenrecht' del '43 (64) e facendone una delle colonne portanti del 'System des gemeinen deutschen Privatrechts' la cui prima edizione è del '47 (65).

L'istituto del *Gesammteigenthum*, così come lo delinea Beseler, appare dotato di una spiccatissima *Eigenthümlichkeit*, con dei tratti tipici che sono sicuramente e saldamente *deutsch*, anzi — per meglio dire — *urdeutsch*. Esso, armonizzazione somma fra i *Sonderrechte* all'interno della *Genossenschaft* e la *Gesammtheit* (66), trova la sua

---

dei più agguerriti conoscitori — fra gli storici del diritto — della vicenda medievale e moderna della proprietà fondiaria in Italia, Guido Astuti (cfr. G. ASTUTI, *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia* (1954) ora in G.A., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, cit., p. 1169 ss.). Aderisce a queste riserve, in un recentissimo intervento, PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., soprattutto p. 511 ss.

(62) Su Georg Beseler, una delle più significative presenze della scienza giuridica tedesca del sec. XIX, si può ora leggere con profitto il volume di B.-R. KERN, *Georg Beseler-Leben und Werk*, Berlin, Dunker u. Humblot, 1982, ricchissimo di dati interessanti sulla biografia e sulle singole opere.

(63) Georg BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen-I-Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte*, Göttingen, Dieterich, 1835, p. 69 ss. (ma soprattutto p. 87). Su questa opera assai significativa nella biografia intellettuale di Georg Beseler cfr. quando dice KERN, *Georg Beseler*, cit., p. 304 ss.

(64) Georg BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 193-94. Sul valore programmatico dell'opera insiste giustamente KERN, *Georg Beseler*, cit., p. 371 ss.

(65) Georg BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I. Abth., Berlin, Weidmann, 1885[4], § 82 - Das Gesammteigenthum.

(66) «das Eigenthümliche besteht...darin, daß sich neben den Ansprüchen der Gesammtheit selbständige Sonderrechte der einzelnen Genossen darstellen, oder daß

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

motivazione ultima, antropologica, nella concezione originale che il diritto germanico ha della *Genossenschaft*, della sua essenza e del suo significato (67). A differenza del diritto romano, troppo compromesso dalle istanze individualistiche che lo percorrono, che risolve il problema della *communio* con lo schematismo di due soluzioni antitetiche nella loro povertà e rigidità, la *universitas* e la *communio pro indiviso*, la persona giuridica e il condominio, si deve alle intuizioni della civiltà giuridica germanica se lo *Associationswesen* è stato percepito in tutta la sua ricchezza e duttilità, dandone un'immagine assai plastica che rifugge dal costringere l'associazione in categorie troppo strette e inidonee a valorizzare il complesso tessuto di vita sociale al suo interno esistente (68). A ragione, dunque, il *Gesammteigenthum* è perciò parte integrante del capitolo dedicato a 'Das Recht der Genossenschaft'.

In conclusione, diritto romano e diritto germanico come due universi contrapposti dominati da differentissimi *Rechtsgrundsätze*, fra i quali il *Gesammteigenthum* è uno dei segni più inconfondibili.

---

doch die Vereinigung das Recht der Einzelnen zu einer Gemeinschaft zusammenführt, für deren harmonische Bewegung und Leitung in der besonderen genossenschaftlichen Verfassung die entsprechenden Mittel gegeben sind. Der Inbegriff dieser Vermögensrechte in ihrer verschiedenartigen Zusammenstellung und Gestaltung nenne ich das *Gesammteigenthum*, welches also an und für sich ein weiterBegriff ist, und erst durch die Beschaffenheit der einzelnen Genossenchaft..., in der es sich findet, seine nähere Bestimmung erhält» (*Volksrecht und Juristenrecht*, cit., pp. 193-94).

(67) Il principio del *Gesammteigenthum* «vor Allem auf eine Verständigung über das Wesen und die Bedeutung der Genossenschaft ankommt» (*Ibidem*, nota *).

(68) «Die Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze, welche nach dem römischen und deutschen Rechte für das Vereinswesen gelten, hat auch auf die Lehre vom Eigenthume eingewirkt. Indem nämlich das römische Recht weder für die *universitas* noch für die *communio* einer Modification seines strengen Eigenthumsbegriffes bedurfte, führt es denselben auch für diese Rechtsinstitute consequent durch, und kennt nur ein *patrimonium universitatis*, welches der Gesammtheit als juristichen Person ausschließlich zusteht, und ein *condominium*, bei welchem jeder einzelne Theilnehmer das volle Eigenthum nach bestimmten ideellen oder arithmetischen Theilen hat. Für das deutsche Recht reichen aber diese Kategorien nicht aus, um die bei dem gemeinsamen Eigenthum möglichen Vermögensverhältnisse zu bestimmen; das Associationswesen hat sich hier stärker erwiesen, als der bei den Römern in allen seinen Merkmalen festgehaltene Begriff des Eigenthums, und dieses dem höheren Princip dienstbar gemacht. Darauf beruht das deutsche Gesammteigenthum» (*System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, pp. 322-23).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Più che una creatura storica o un meccanismo tecnico Beseler aveva individuato e fabbricato — nel suo laboratorio germanistico — una insegna, un simbolo, un vessillo.

Come tale campeggia in quasi tutta la grande letteratura germanistica di metà Ottocento, sottoposto anche a sensibili variazioni ma serbando intatto il senso più intimo del proprio messaggio culturale. Ovviamente è al centro del *deutsche Genossenschaftsrecht* di Otto von Gierke (e più particolarmente del *deutsche Körperschaftsbegriff*) (69) fino ad arrivare intatto, con una grossa carica storica e dogmatica, in quello che è il maestoso epicedio della scienza giuridica germanistica, il *Deutsches Privatrecht* che Gierke redige ai primi di questo secolo ben dopo la promulgazione del mal sopportato BGB (70).

L'importante delle pagine di quest'ultima opera gierkiana è la dichiarata coscienza del valore e della funzione squisitamente ideologici del principio; in un momento così tardo (l'opera appare a Lipsia nel 1905), Gierke può far qualcosa di più che riaffermarne l'orditura al centro del diritto tedesco; può anche guardarne e coglierne con un certo distacco genesi e motivazioni. All'aspro critico del BGB e dei suoi *Entwürfe* dal punto di vista della loro scarsa sensibilità sociale il *Gesamteigentum* appare prezioso proprio per quel suo contenuto di dirompente socialità, per il suo proporsi come situazione reale complessa in cui si realizzava il miracolo di una *innige Verflechtung* fra *Gemeinschaftsrechte* e *Sonderrechte* (71),

---

(69) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, B.II - *Geschichte der deutschen Körperschaftsbegriff* (1873), Graz, Akad. Druck, 1954: mentre per i giuristi romani c'era «nur die Alternative eines Eigenthums der Gemeinde als iuristischer Person... und eines selbständigen *condominium pro indiviso*» (p. 329), nel diritto tedesco «war das genossenschaftliche Gesammteigenthum ein auf der Verbindung von Gesammteinheitsrecht und Gesammtvielheitsrecht beruhendes Rechtsverhältniß» (p. 332). Interessante, nella stessa pagina, il riferimento al concetto romano di persona come qualcosa di «*absolut*, untheilbar und nur auf sich selbst hingewiesen» e pertanto *unvereinbar* con le tante combinazioni sociali che il più plastico e disinvolto concetto germanico di persona consente.

(70) *Deutsches Privatrecht*, B. II, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1905. Il riferimento è alla seconda parte del 'Trattato' dedicata ai diritti reali; una terza parte sulle obbligazioni uscirà nel 1917. Risale invece al 1895 il primo volume sulla parte generale e sul diritto delle persone.

(71) «Hatte die ursprüngliche germanische Eigentumsordnung auf einer innigen Verflechtung der Gemeinschaftsrechte und der Sonderrechte an Sachen beruht» (*Deutsches Privatrecht*, cit., B. II, p. 375).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un contemperamento dei *Sonderrechte* senza una loro eccessiva frustrazione (72); ma appare anche il vessillo innalzato da una coorte di prodi germanisti sulla trincea del diritto tedesco nella guerra patriottica contro il diritto romano degli astratti Pandettisti (73).

Ecco la sua lucida ricostruzione 'storiografica', da cui emerge limpido il movente ideologico: dalla fine del Seicento, con prime applicazioni soprattutto nel campo delle comunioni patrimoniali fra coniugi, la scienza giuridica germanistica, da Justus Veracius in poi, «schuf den Begriff des 'Gesamteigentums', das sie als deutschrechtliche Form des gemeinschaftlichen Eigentums in Anspruch nahm und dem römischen Miteigentum gegenüberstellte» (74). E lo creò — questo principio — come segno d'un patrimonio tipico della propria civiltà giuridica, giacché si dimostrava che «das deutsche Recht einen selbständigen Begriff des Gemeinschaftseigentums besitzt, der nicht nur geschichtliche Bedeutung hat, sondern auch für die Dogmatik des geltenden Rechts fruchtbar gemacht werden muss» (75).

Costruzione affascinante pur con tutte le sue ambiguità, il *condominium iuris germanici* è più un'architettura progettuale dei germanisti ottocenteschi, certamente espressione egregia di intelligenza e fantasia nonché di singolari capacità speculative, che una creatura tipica del diritto tedesco vivente, frutto di questa o quella esperienza storica, assetto concreto della vita quotidiana in un certo tempo e in un certo luogo. È soprattutto l'invenzione provocatoria della politica del diritto dei germanisti per battere in breccia l'individualismo dei Pandettisti. Facendo mia la conclusione di una seria ricerca dedicata qualche anno fa da Karl Kroeschell al preteso

---

(72) «das Gemeinschaftseigentum erschien als ein besonders geartetes Eigentum, in dem das Sondereigentum seine Schranke und seine Ergänzung fand» (*Ibidem*, p. 376).

(73) A Duncker, che nel 1843 aveva dedicato un volume interamente alla *Zerstörung des Gesamteigentums*, il rimprovero maggiore è che, a causa sua, «verfiel...der ganze Begriff dem Spotte der Romanisten» (*Ibidem*, p. 379). Al volume di Duncker, assai irritante per i germanisti, sarà interamente dedicato il saggio di STOBBE, *Miteigenthum und gesammte Hand* pubblicato sulla *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV (1864), saggio che vuol combattere la sua eccessiva *Einseitigkeit*, (vedi soprattutto la affermazione di p. 208.

(74) *Ibidem*, p. 377.

(75) *Ibidem*, p. 380.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

deutsche Eigentumsbegriff (76), credo si possa affermare nettamente che non tanto di un istituto concreto del divenire storico si tratta, quando di «ein Stück der 'deutschen Rechtsidee'» (77), la tessera ben pensata e ben costruita di un grande mosaico ideologico.

Sul piano della storia ideologica della nazione tedesca siamo di fronte a una presenza reale, reale e rilevante; sul piano però dell'effettività storico-giuridica il *condominium iuris germanici* è un fantasma.

Questo lungo discorso sulla fantomatica figura non può però arrestarsi qui; abbisogna d'una indispensabile prosecuzione per esser compiuto. E una domanda si impone: dal nostro punto di vista, che è quello storico-giuridico e tecnico-giuridico, tutto si risolve in una semplice mistificazione, di cui prendere atto? E la vicenda del *condominium iuris germanici* si riduce a una brillante falsificazione, cui guardare oggi disattentamente come a una curiosità erudita? La coscienza del falso storiografico, la non-identificazione del nostro *condominium* con un istituto tipico del medioevo tedesco non può impedirci di ricondurre al fantasma tutta una sequela di conseguenze culturalmente positive.

L'idea non restò confinata nelle pagine dei tedeschi, ebbe adepti e sostenitori in Francia (78), in Svizzera (79) e in Italia (80); in Germania, in Francia e in Italia si tentò anche di placare nello

---

(76) K. Kroeschell, *Zur Lehre vom «germanischen Eigentumsbegriff»*, in *Rechtshistorische Studien Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*, Köln, Böhlau, 1977, p. 34 ss.

(77) Kroeschell, *Zur Lehre vom «germanischen» Eigentumsbegriff*, cit., p. 60.

(78) Cfr. L. Josserand, *Essai sur la propriété collective*, in *Le Code civil 1804/1904 - Livre du centenaire*, T. I, Paris, Rousseau, 1904, *passim* ma soprattutto p. 377 dove si contrappone la 'communauté germanique' al '*condominium romain*'. È, sotto questo profilo, assai interessante anche la tesi di dottorato di Louis Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Paris, Boyer, 1902, il quale risolve la comunità coniugale in *gesamte Hand*.

(79) Robert Courvoisier, *De la propriété en main commune et de ses applications dans le projet de Code civil suisse (Communauté de biens entre époux et indivisions)*, Neuchatel, Attingher, 1904, sorretto dalla ferma convinzione de «la propriété en main commune, institution d'origine germanique» (*avant-propos*), giacché «l'origine de la gesammte Hand se trouve dans le droit des Germains primitifs» (p. 17).

(80) Cfr. i cenni di Petronio, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 512-13.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schema duttile della *gesamte Hand* certe contraddizioni affioranti nella struttura delle società commerciali (81). In Italia, se ancora l'amministrativista Ranelletti ne usava dando prova di una vigile cautela storicistica (82), il civilista Francesco Ferrara senior vi ricorreva ripetutamente e pienamente facendone uno dei pilastri portanti della grande ricostruzione storico-dommatica sulla persona giuridica (83). E una catena ininterrotta di adesioni arriva fino al

---

(81) Illuminanti, in Germania J.E. KUNTZE, *Prinzip und System der Handelsgesellschaften*, in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, VI (1863), p. 177 ss.; in Francia R. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des societés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, X (1895), p. II ss.; in Italia, le intuizioni di Umberto Navarrini e della sua scuola (U. NAVARRINI, *Società di commercio e proprietà in mano comune (zur gesammten Hand)*, in *Il diritto commerciale*, XIX (1901), c. 665 ss.; G. EGIDI, *Sulla struttura delle società commerciali*, in *Archivio giuridico*, LXVIII (1902).

(82) In Ranelletti (ci riferiamo al suo rilevante ed ampio saggio già citato su *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*) il richiamarsi al diritto germanico serba un valore relativo e relativizzante, né ha assolutamente il significato di rinvenirvi una realtà unica e tipicissima. Si mediti questa frase: «noi, nel problema della *condizione giuridica primitiva* dei beni soggetti ad usi pubblici, dobbiamo e possiamo limitarci al diritto germanico, perché questo, in certo modo, riportò la nostra vita giuridica alle origini e rappresenta l'elemento primitivo del nostro diritto attuale, il quale deriva immediatamente dal medioevo» (p. 205). E quest'altra: «tutto ciò è perfettamente in armonia collo stadio di sviluppo, a cui erano il popolo germanico ed il suo diritto in questi tempi» (p. 21). Il diritto germanico non è il laboratorio privilegiato dove per virtù innata dei partecipi si giunge alla invenzione della proprietà collettiva; il privilegio storico del diritto germanico è di aver rappresentato nella nostra storia giuridica «l'elemento primitivo» ponendo in frizione la realtà italiana del sesto secolo dopo Cristo con assetti che erano stati patrimonio comune di tutta l'Europa silvo-pastorale preromana e che sopravvivevano ancora nel sesto secolo nelle zone meno percorse dalla circolazione giuridica romana. Non di *condominium iuris germanici* si tratta, ma di una risposta al problema della appartenenza collettiva della terra elaborata grazie a scelte antropologiche e tecniche strutturalmente diverse da quelle romane, quella risposta di cui i popoli germanici si facevano vistosamente portatori durante il nostro alto medioevo.

(83) Ferrara si affida completamente ai suoi mentori tedeschi: «La comunione è di due forme: *a tipo individualistico* che è quella che deriva dal diritto romano, ed è prevista dal nostro Codice, ed a *tipo collettivistico* (la com. *zur. gesammten Hand*) che ha origine germanica» (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli Torino, Marghieri - Utet, 1915, p. 474). Il capitolo di questo volume, che qui interessa, aveva — per buona parte — fatto oggetto di precedente pubblicazione con un titolo che esprime bene le idee di Ferrara: *Tracce della comunione di diritto germanico nel diritto italiano*, in *Rivista di diritto civile*, I (1909).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pugliatti (84) (sul piano dottrinale) e ai giudici del Consiglio di Stato e della Corte d'Appello di Roma che assumono quello schema a base dei propri giudicati.

Costruzioni destinate tutte a cadere come quelle che si fondano su di un falso? Si badi: il falso dei germanisti era consistito nel gabellare come *urdeutsch*, come assolutamente tipico della civiltà originaria germanica, uno schema appropriativo: il *Gesamteigentum*. Il falso stava tutto e soltanto nel tentativo di identificazione ed etichettazione forzosa; di quello schema era però viva tutta la storia sotterranea — quella non sonora e non vistosa né mai scritta — della dorsale appenninica, della coinè alpina e di mille altri territorii europei, una storia che andava ben più in là dell'evo medio e dell'età classica per trovare remote scaturigini nella protostoria europea. In quella nicchia remota di civiltà primitiva (ogni ulteriore qualificazione sarebbe indebita) un determinato assetto strutturale del territorio silvo-pastorale, una antropologia che tendeva a valorizzare il gruppo, una visione empiricissima — senza capacità di astrazioni e di idealizzazioni — dei rapporti fra soggetto fisico e gruppo portarono a quel precipitato storico rappresentato dalle varie forme di comunione a mani riunite e di proprietà collettiva; forme che *anche* i popoli germanici avevano ampiamente sperimentato e che portavano ben scritte nel loro costume e nella loro coscienza sociale.

Che questi *condominia* fossero o non fossero *iuris germanici*, che i giuristi tedeschi, francesi, svizzeri, italiani li credessero o non li credessero tali; tutto ciò rivela una grossa ingenuità nell'analisi storiografica, ma non incide minimamente su una conseguenza di straordinario rilievo culturale: sia o non sia *urdeutsch*, questo assetto collettivo esprime un altro ordine di idee, un'altra rappresentazione del rapporto individuo-gruppo, un altro meccanismo costruttivo di una appartenenza collettiva; altro rispetto a una tradizione — quella romanistica — che, ammantata di sacralità giusnaturalistica, ricevuta in codici e carte costituzionali, ufficialmente scelta come cemento del potere giuridico vigente, aveva la pretesa di proporsi come il solo ordinamento possibile d'una società affrancata da pregiudizi e socialmente evoluta. Al di là c'era solo il letamaio di istituti feudali e

(84) Citato in PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, cit., p. 513.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

clericali, o gli abusi di collettività riottose configurabili come sanguisughe della proprietà libera e unitaria.

In una civiltà giuridica — come quella occidentale — in cui persino lo stesso diritto canonico si era — nel suo nascere e nel suo progredire — tecnicamente nutrito di diritto romano, l'importante era l'emersione di un istituto (o di un complesso di istituti) appartenenti a un filone di cultura assolutamente parallelo, portatore di valori o estranei o antitetici o comunque ripugnanti alle limpide ma rigorose categorie romanistiche. Il *condominium iuris germanici*, malgrado il suo vizio di nascita, veniva ad avere un valore profondamente provocatorio: apriva uno squarcio su un altro modo di vivere l'appartenenza singola e collettiva. Era una finestra aperta su un universo che concepiva il rapporto uomo-cose in modo diametralmente opposto alle concezioni tradizionali. Il monismo culturale, rappresentato da una teorizzazione dell'appartenenza ascesa — grazie a una lucida operazione ideologica — al livello intangibile dei valori morali, finalmente si incrinava; e il discutibile e falsante occhiale del *condominium iuris germanici* serviva egregiamente a mettere a fuoco un diverso paesaggio socio-giuridico prima ignorato o rimosso; serviva a rendere più complessa la visione dell'osservatore.

L'assolutismo giuridico aveva facilmente trionfato soprattutto nel campo dei diritti reali, perché il modello di organizzazione giuridica dei beni così come era stato confezionato nel solco della tradizione romanistica si era proposto come l'unico possibile per una società che non volesse tornare nello stadio d'una civiltà tribale. Beseler e i germanisti, nel loro laboratorio di raffinati giuristi-stregoni, avevano creato un esperimento *in vitro* più che su un soggetto vivo, e ne era uscito l'automa che sappiamo. Essi avevano però dato forma a un modello culturalmente alternativo, un modello certamente senza le radici storiche che essi sostenevano ma teoricamente e tecnicamente raffinato; avevan voluto forgiare un modello da contrapporre a quello romano (o preteso tale). Gli assetti collettivi della prassi agraria e silvo-pastorale di sempre si erano nobilitati nelle linee di quel modello e avevan perduto quella primitività, quella rozzezza che li faceva condannare con estrema facilità sulla bocca sdegnosa dei raffinatissimi giuristi avvezzi alle sottigliezze delle architetture gotiche e neo-gotiche del diritto romano e del diritto naturale. Per di più, il modello beseleriano veniva ad impa-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

starsi di socialità, a connotarsi come modello contrapposto, alternativo, anche da un punto di vista idologico; e la ricchezza della vita economica di fine Ottocento con le nuove o rinnovate forme complesse di combinazioni sociali (società commerciali, cooperative, mutue, etc.). sembrava non trovare schemi abbastanza duttili e proni nelle pure costruzioni 'civilistiche' della tradizione ufficiale.

In questo senso e soltanto in questo senso, ben al di là dei progetti e delle intenzioni di Georg Beeseler, il fantasma del *condominium iuris germanici* è benefico ed ha una benefica azione culturale.

8. Dopo tutte queste precisazioni sembra arrivato anche il momento di intenderci — finalmente! — su questa benedetta nozione di proprietà collettiva, una indicazione che non può esser lasciata così fumosa e generica, appena disegnata da certi contorni fissati nelle prime pagine, giacché si corre sicuramente il rischio di non capire la *alterità* su cui si è ripetutamente insistito. Proprietà collettiva e proprietà individuale non sono infatti due sostanze antitetiche perché 'collettivo' significa esattamente l'opposto di 'individuale' (il che sarebbe di un semplicismo banalizzante), ma per ragioni più essenziali. Andiamo, dunque, per gradi e tentiamo una comprensione più profonda, puntualizzando quelli che ci sembrano aspetti comuni e tipizzanti di un fenomeno che si incarna in figure differenziatissime anche sotto il profilo della intensità della dimensione appropriativa: come si precisò infatti all'inizio, fan parte di una nozione lata ma corretta di proprietà collettiva sia comunioni che hanno ad oggetto una 'servitù' di pascere, di seminare, di spigolare, di legnare e via dicendo con un contenuto diventato nel tempo — per fattori esterni e contingenti — ridotto o addirittura ridottissimo di godimento del bene, od altre che costituiscono effettivi condominii con la totalità del godimento dei fondi e l'organizzazione della gestione agro-silvo-pastorale nelle mani dei condomini.

E cominciamo col dire che lo schema convenzionalmente indicato come 'proprietà collettiva' è assai poco 'proprietà' ed è essenzialmente uno 'statuto della cosa': qualificazione questa che non si esaurisce in una formula vuota ma attiene alle fondazioni e alla struttura. È ovvio che non si intende ripetere qui la conclusione di un'antica dottrina civilistica italiana, per la quale nella proprietà collettiva non si poteva correttamente e a rigore parlare di 'proprietà', offuscando la dimen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sione collettiva irrimediabilmente la nozione del proprio che è riservata a una potestà individuale (85). Qui si vuole invece dire che nello schema della proprietà collettiva la nozione del proprio sussiste ma non è né prevalente né caratterizzante.

Nella sua forma paradigmatica di proprietà comune di consorti coeredi (per esempio nelle regole cadorine ed ampezzane), il proprio è imputabile a una catena ininterrotta di generazioni e serve essenzialmente come limite verso l'esterno, come elemento per circoscrivere la sfera giuridica di quel consorzio agnatizio da sfere giuridiche limitrofe di altri consorzi, di privati, di enti pubblici. L'idea di proprio è tuttavia secondaria per connotare il meccanismo interno della sfera giuridica 'proprietà collettiva', la quale è soprattutto uno statuto della cosa. Con questa nozione — niente affatto innocua — si vuol significare che essa si modella sulla cosa, è scritta sulla cosa, è plasmata interamente dalle ragioni primordiali fisiche ed economiche della cosa.

La proprietà della tradizione civilistica — quella che, un tempo, veniva definita troppo sommariamente ma efficacemente come 'quiritaria' — si esemplava sempre sul soggetto, era pensata come il suo presidio e la sua ombra sulle cose, anzi, in certi momenti storici, come strettamente connessa alla sua libertà, manifestazione e garanzia di libertà (86). Una simile visione soggettivistica, talora esasperatamente soggettivistica, è addirittura capovolta nel paradigma della proprietà collettiva: tutto viene sacrificato alla cosa e alle sue istanze primordiali. E la veste giuridica 'proprietà collettiva', che ordina la cosa, è sentita come in coerenza suprema con essa.

Il contributo umano è di leggere ciò che è scritto sulla cosa, non di strumentalizzarla o di alterarne la vicenda. La struttura della cosa, interpretata senza prevenzioni, ha una forza normativa indiscussa, perché è legato ad essa il miracolo economico della produzione. A questo tutto è sottordinato, in una visione naturalistica e autenticamente ecologica del rapporto fra comunità umana e beni produttivi (87).

---

(85) Si vedano le testimonianze di cui abbiamo altra volta discorso: GROSSI, *'Un altro modo di possedere'*, cit., p. 377 ss.

(86) P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 260 ss.

(87) Questo aspetto è messo bene in luce e debitamente sottolineato da uno dei più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È appena il caso di sottolineare che siamo di fronte a due sottostanti diversissime fondazioni antropologiche: da un lato, è il primato del soggetto sulla cosa; dall'altro, è il primato della cosa sul soggetto; da un lato, una visione intensamente umanistica (nel senso che il mondo intiero viene risolto nell'uomo), la quale diventa sul piano giuridico una soluzione intensamente potestativa; dall'altro, una visione rigorosamente funzionale, rispetto alla quale umanesimi e individualismi sono lussi mal sopportabili e nella quale al singolo si chiedono sacrifici e si impongono condizionamenti in nome della realtà assorbente del bene produttivo.

È una prima connotazione — questa or ora segnata — che dovette contribuire non poco alla assoluta incomprensione da parte degli osservatori ottocenteschi tutti conquistati da una proprietà radicata nel soggetto — addirittura nello *interior homo* — e vincolata alla sua libertà, ma che poteva esser ritenuta accettabile durante il corso del Novecento via via che nuove consapevolezze si acquisiscono e i giuristi cominciano a compiacersi di guardare alla proprietà 'da sotto in su', mettendosi dal lato della cosa, come fa una ricca e sollecitante riflessione che dalle percezioni di Finzi (88) arriva all'analisi articolata di Pugliatti (89), al felice 'corso' di Massimo Severo Giannini sui beni pubblici (90).

A una seconda essenziale connotazione dovevano invece essere riservate incomprensione e ripugnanza costanti e indefettibili fino ad

---

intelligenti conoscitori dei problemi storico-giuridici e tecnico-giuridici delle forme di proprietà collettiva in Italia, Guido Cervati (1907-1987), avvocato in Roma, pratico di altissimo rango ma anche uno dei pochi che avesse una visione autenticamente scientifica del nostro oggetto, nella sua Relazione di base al simposio internazionale di Pieve di Cadore del 1986 (cfr. G. CERVATI, *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 47).

(88) Di Enrico Finzi si dovrebbero ricordare diversi interventi; centrale quello che si incarna nella sua Relazione al Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1932 (cfr. E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze, tip. Ricci, 1936.

(89) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del Terzo Congresso nazionale di Diritto Agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, Giuffrè, 1954, ora anche in S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

(90) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici* - Dispense delle lezioni del corso di Diritto Amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-63, Roma, Bulzoni, 1963.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oggi: ogni forma di proprietà collettiva postula il primato della comunità sul singolo, giacché postula la comunità (e la comunione quale immagine riflessa a livello dei beni) come valore di altissimo rilievo sociale e giuridico; comunità e comunione concepite non quali semplici unioni e combinazioni di persone e di beni, ma quali realtà cementate da una solidarietà intensissima. E qui il dissidio col filone portante della tradizione giuridica continentale è totale.

Quel soggetto privilegiato che è il cittadino romano ama riconoscersi incastonato nella macro-comunità statuale, che egli ha contribuito a creare e dalla quale trae riconoscimento e tutela della propria posizione privilegiata, ma disdegna i condizionamenti di comunità intermedie, che risultano per lui inutili se non dannose. Il suo erede diretto, il nuovo *citoyen* che emerge dopo la Rivoluzione, non è da meno: è un personaggio che crede nello Stato e nella sua forza, ma è un personaggio liberato soprattutto da quei legami comunitari che, nell'antico regime, lo imbavagliavano e ne limitavano la libertà. Il diritto, da quello classico a quello borghese (con la sola grande eccezione dell'isola medievale), aveva corrisposto a questa visione sociale insistendo nel costruire a livello di beni un appartenenza solitaria e colorando con le tinte più negative l'istituto della *communio.* La comunione, concepita come *mater malorum* e *mater discordiarum*, ha una valutazione estremamente negativa; e, se non è espunta dall'ordinamento perché è pur necessario prevederla, è però confinata in un cantuccio, pensata sempre e comunque quale situazione provvisoria dalla quale è giusto che il condomino possa in ogni momento disimpegnarsi. Una comunione perpetua è impensabile, poiché il cittadino non può essere costretto per sempre a portare sulle spalle un fardello tanto pesante. In ogni caso, la comunione non sarà mai così compatta da soffocare l'individualità patrimoniale del contitolare o condomino; essa sarà, anzi, sempre atomisticamente concepita come somma di valori economici ciascuno dei quali mantiene tutta la sua dirompente potenzialità.

Anche su questo punto, la proprietà collettiva rivela di far capo a un altro filone culturale, che corre perfettamente parallelo a quello ufficiale e che ha origini aliene. Opposta è anche qui la fondazione antropologica: il cittadino romano e il suo erede borghese sono soggetti che han fiducia in se stessi e che ricevono fiducia dalla macro-entità statuale; il soggetto, che vediamo operare negli assetti

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

collettivi, è invece un personaggio che ritiene di ricevere una integrazione sostanziale nella nicchia della comunità, che si ritiene compiuto soltanto al suo interno, che considera efficace la propria azione soltanto in sintonia e in congiunzione con il gruppo. Là, una antropologia all'insegna dell'ottimismo; qua, una sfiducia di fondo, che cancella il singolo e la sua azione individua dal novero delle forze socialmente efficaci e assume il gruppo a protagonista sociale ed economico, e, conseguentemente, giuridico.

Con un risultato considerevole a livello di organizzazione dei beni. La comunione, da madre d'ogni male com'è nel risaputo brocardo romanistico, si propone semplicemente come materna, come l'assetto giuridico più congeniale per portare a buon compimento l'onere non lieve della coltivazione e della fruttificazione. Specchio fedele sul piano dei beni della soprastante organizzazione sociale rigorosamente comunitaria, la comunione perde — nel pianeta giuridico della proprietà collettiva — il suo connaturato carattere di provvisorietà; diventa strumento normale e conveniente di conduzione del patrimonio, l'unico ipotizzabile in una civiltà incapace di pensare e risolvere i problemi quotidiani all'insegna dell'individualismo.

Ma questo ancora non basta per tipicizzare la comunione che sottostà agli assetti di proprietà collettiva. Essa non è soltanto un regime dei beni, ma si compenetra col regime sociale soprastante generalmente identificato in una sorta di consorzio soprafamigliare, e il tessuto squisitamente solidaristico che lega e cementa la microsocietà consortile si riversa anche sul piano patrimoniale, che è investito e caratterizzato da un genuino spirito di solidarietà. Questa comunione, in altri termini, non appartiene al territorio dei diritti reali come il condominio romanistico, ma rappresenta il momento di necessaria fusione tra proiezione personale, familiare, patrimoniale. I 'comunisti' son lì non come titolari anonimi di una quota ideale del patrimonio, legittimati a esser condomini unicamente dalla proprietà esclusiva, disponibile, alienabile della quota; son lì perché hanno un nome e cognome, in forza della loro vicenda personale all'interno di un determinato gruppo sociale. Non un soffio di psicologia capitalistica li sorregge, ma un intreccio fra lavoro, produzione, sangue e terra, dove la dimensione personale e la dimensione reale si intrecciano con le loro reciproche forze coesive per costruire un certo tipo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di organizzazione giuridica dei beni, appunto la proprietà collettiva. Se si vuole, è una visione arcaica, dove la dimensione economica non è sottoposta a una fredda depurazione da scorie personali e sociali, ma è anzi intimamente intrisa da forze materiali primordiali dalle quali si pretende che *non* sia separata.

Origini germaniche, celtiche, proto-italiche? Rinunciamo alla sterile tentazione, che fu propria di tanti zelanti storici d'un tempo, di individuare esultanti la monocausa e il monocanale di scorrimento, e agganciamo piuttosto, come sopra si disse, questo latissimo fenomeno — latissimo temporalmente per la sua più che bimillenaria continuità e spazialmente per la sua proiezione geografica paneuropea — a una civilità che ha sentito primitivamente la dimensione giuridica come profondamente fattuale, cioè determinata da fatti vitali e strutturali dai quali non riusciva ad astrarre; una civiltà che ha vissuto senza clamori accanto a quella ufficiale e le cui scaturigini prime, i modelli primigenii possono anche farsi risalire a una remota coinè europea (91). Ma civilità pur essa con proprii valori portanti nelle loro intense peculiarità. Da questa più o meno remota civiltà conseguiva l'indistinzione tra pubblico e privato, cui abbiamo accennato più sopra, l'indistinzione fra personale e reale cui si fa cenno ora.

Consegue anche quel singolare modo di concepire il rapporto fra singoli e gruppo, che è poi anche l'ultima connotazione su cui vogliamo indugiare per fissare l'alterità di queste nostre comunioni. Ben spesso il legislatore italiano ha risolto a suo modo, secondo la sua cultura e la sua ideologia, quel delicatissimo rapporto, attribuendo ai gruppi la personalità giuridica: il caso più clamoroso è quello, a noi ben noto, delle Regole della Magnifica Comunità Cadorina, a cui dal D.L. 3 maggio 1948, n. 1104 «è riconosciuta la

(91) Questa insistenza su scaturigini remote non è una retorica romanticheggiante. Si vedano in proposito le affermazioni di un personaggio sempre cautissimo e misurato nelle proprie ipotesi storiografiche e per sua natura incline alla concretezza come Giampiero BOGNETTI, *Ascua et pascua*, cit., *passim*, con delle conclusioni che sono sostanzialmente convalidate dalle ultime problematiche lezioni di Poitiers, redatte qualche mese prima della morte e pubblicate postume (cfr. G.P. BOGNETTI, *I beni comunali e l'organizzazione del villaggio nell'Italia superiore fino al Mille*, ora in G.P. BOGNETTI, *Studi sulle origini del comune rurale*, Milano, Vita e Pensiero, 1978, *passim*, ma soprattutto p. 316 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

personalità giuridica di diritto pubblico». Conviene ripetere ancora una volta che questa è una veste forzosa fatta calare dall'esterno su un corpo sociale che storicamente non è vocato a riceverla, veste anchilosante per una realtà che non si presta a rigide schematizzazioni. Anche in questo caso, si sarebbe dovuto rispettare il complesso meccanismo giuridico del gruppo così come era stato vissuto e sentito nello svolgersi millenario di una cultura diversa dalla nostra. Personalità giuridica — per esempio, di una Regola — significa costituzione della Regola in ente ideale e conseguente distacco assoluto fra la nuova persona-Regola e le persone formanti la collettività dei regolieri. E questo altro non è che far violenza a tutta una tradizione che ha sempre córso in altra direzione.

Esattamente per le stesse ragioni che si segnalavano poco sopra, alla civiltà giuridica delle proprietà collettive un simile stacco sa di innaturalità. Proprio per l'incapacità di questa civiltà a separare situazioni di fatto da situazioni di diritto, un cordone ombelicale di carattere osmotico lega gruppo e singoli: il gruppo è una pluralità collegata di persone che si presenta come unità nei rapporti verso l'esterno, ma non si contrappone ai suoi membri, anzi vive in collegamento organico con essi; i diritti dell'unità e della pluralità sono organicamente intrecciati. La figura giuridica del gruppo perde qui il rigore e la nettezza di linee, che sono proprie della *universitas* romana o della *persona moralis* moderna, ma ne guadagna in plasticità e duttilità. È la struttura interiore della *Genossenschaft* che Otto von Gierke dipinse come emblema d'una civiltà *urdeutsch*, ma che è invece comune a tutta una coinè europea preromana e postromana.

Quando la faremo finita di sentirci eredi di Regnoli e di Calisse? Quando avremo il coraggio culturale di porre il nostro atteggiamento in posizione di rottura con tutto il cumulo di incomprensioni, sordità, violenze legali, soperchierie culturali e tecniche che stanno dietro le nostre spalle? (92) Dalla prima legge per la montagna e dalle

(92) Un esame di coscienza straordinariamente franco (che, come tutti i serii esami di coscienza, si concreta anche in un inventario di 'peccati') è però compiuto recentemente da Pietro Rescigno, un civilista che all'analisi del positivo accompagna sempre un salutare e salvante respiro culturale (cfr. P. RESCIGNO, *Diritti collettivi e usi civici*, in *Terre*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prime pronuncie giudiziarie innovative il cammino ha continuato a svolgersi positivamente, e il volume di 'atti' che abbiamo di fronte e che oggi presentiamo al pubblico ne è la prova. Un vizio di fondo però resta, ed è quello che un veramente grande giurista nostro, il Pugliatti, chiamava «l'illusione di potere livellare tutti i rapporti colla falce della legge» (93).

L'assolutismo giuridico, con la sua capillare azione plagiante, ci ha convinti della capacità taumaturgica della legge, e ancor oggi, tra le pagine del volume che presentiamo, «avere i piedi a terra» (94) significa — agli occhi di un valente magistrato — tenersi ai testi legislativi, far di questi esegesi senza cavalcare fantasiosi ippogrifi dottrinali. E questo è il perdurare d'una mentalità viziata, questo è il precludersi definitivo di poter aggredire al cuore il nostro problema, giacché non si tien conto che la legge è legge *nostra*, è espressione della nostra cultura ufficiale che proiettiamo disinvoltamente in un altro mondo giuridico. Mentre l'unico atteggiamento di probità intellettuale sarebbe quello di mettere a fuoco lo sguardo in relazione alle qualità dell'oggetto esaminato, di guardare con occhi spogli da pregiudizi — mi verrebbe voglia di dire: con occhi mondati da un profondo lavacro interiore — un universo che soltanto da un siffatto osservatorio rivela la sua ontologia secreta e che soltanto per una occasione contingente è venuto a far parte del territorio, prima, del Regno d'Italia e, poi, della Repubblica italiana.

9. Qui sta il punto. Che le Regole ampezzane e cadorine, le Società degli antichi originari della Lombardia, le Consorterie valdostane, le Partecipanze emiliane, le Comunanze dell'Appennino umbro-marchigiano, e via dicendo, siano oggi parte del territorio statuale italiano è per il giurista-interprete una mera occasione, una circostanza politicamente assai rilevante ma giuridicamente affatto

---

collettive e usi civici tra Stato e Regione - Atti del convegno - Fiuggi 25-26-27 ottobre 1985, Roma, IGER, s.d., p. 82 ss.

(93) PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 204.

(94) I. BARBIERI, *La salvaguardia delle associazioni e comunità agrarie nella legislazione sugli usi civici*, in *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, cit., p. 105.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

irrilevante. Con questa affermazione soltanto apparentemente scandalosa si vuol semplicemente sottolineare quella elementare, anche se disconosciuta, verità, secondo la quale l'esperienza giuridica vivente nel territorio statuale italiano è ben più ricca di quella espressa dallo Stato stesso con i suoi atti di volontà; v'è, insomma, una complessità della vita giuridica italiana che soltanto una operazione riduttiva e immiserente potrebbe giungere a imbrigliare nella sola voce dello Stato. E se qualche saccente, per sottolineare la pleonasticità ed inutilità delle nostre parole, ci ricordasse alcune tappe salienti della riflessione giuridica italiana del Novecento che hanno avuto in proposito un salutare carattere liberatorio, noi replicheremmo prontamente che guardiamo con ammirato rispetto a queste grandi riflessioni, ma siamo costretti a constatare che esse sono rimaste per la più gran parte degli operatori-giuristi suggestive ma fantasiose espressioni retoriche, poesie intraducibili nella prosa del diritto quotidiano fatto di leggi, di fonti gerarchicamente ordinate, di strettissima legalità codificata nel mai troppo esecrato articolo 12 delle Disposizioni preliminari. Ad onta dei Santi Romano, dei Cesarini Sforza, dei Capograssi, il discorso del giurista positivo non si è mai, fino ad ora, salve poche eccezioni, sollevato di una spanna dalla bassa corte dei luoghi comuni pervenutigli dalla tradizione postilluministica, a cominciare da quello dello *iudex servus legis*. Nessuno discute il principio generale che il giudice sia sottoposto alla legge dello Stato (95); si vuol soltanto mettere in chiaro che questo principio non lo esime dal rendersi conto e dal tenere in debito conto della effettiva esperienza giuridica italiana, anche di quella che esiste e prospera al di là delle leggi dello Stato. Non v'è dubbio che il giudice sia tenuto a prender coscienza anche degli ordinamenti giuridici concorrenti allo Stato e viventi nel territorio nazionale e che, in conseguenza di questa acquisizione di coscienza, deponga la pretesa di misurarli con le unità di misura

(95) Principio da intendersi non con il parossismo con cui è generalmente ricevuto e da sottoporsi a una valutazione meno meccanicistica di quanto usualmente si fa. Su questi gravi problemi dell'attuale Stato di diritto e sulla esigenza per il giudice di spostare la propria attenzione anche alla vita della legge nel tempo, ci sia consentito di rinviare a quanto ne abbiam detto in P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, cit., p. 517 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

fornite dal sistema legislativo statuale. Egli dovrà, per una esigenza primaria della sua funzione interpretativa — direi di più: per garantire un fondamento razionale alla funzione intepretativa —, ricercare in essi ragioni e fondazioni supreme.

Il primo dovere del giurista-interprete dovrebbe essere l'inventario di questi ordinamenti giuridici effettivamente presenti e operanti nel territorio della Repubblica italiana. È ovvio che la generalità dei rapporti giuridici, la normalità di quei rapporti, debba trovare nel Codice e nelle leggi speciali la propria regola, ma è altrettanto ovvio che comunità particolari fondate su antropologie giuridiche diverse, esprimenti una diversa cultura giuridica, costruite mediante un diverso cemento tecnico, debbano esser valutate in base a quell'antropologia, a quella cultura, a quei cementi tecnici. Questo e soltanto questo significa per il giurista-interprete 'avere i piedi a terra', e questo e soltanto questo è il cómpito primario del giudice, il gravoso impegnativissimo cómpito che gli spetta: giacché lui non è, come espressione dell'apparato di potere, l'applicatore, sempre e comunque, della legge statuale, ma, come espressione della società civile nel suo complesso, l'interprete del diritto effettivamente vivente. E questo esige oggi la nostra affinata e maturata riflessione scientifica con tutte le sue notevoli acquisizioni, ma altresì lo stesso dettato della carta costituzionale italiana.

Infatti, anche a volerci arrestare alle sue tavole supreme quale carta dei valori socio-politico-giuridici dell'intiera società italiana così come sono delineati nei «Principii fondamentali» e senza troppo svolazzare nella teoria generale, il disegno, che si profila da una lettura combinata dei primi tre articoli, è precisamente quello di una realtà autenticamente pluriordinamentale. La sovranità popolare solennemente sancita nell'art. 1 «non è da vedersi come una affermazione declamatoria e retorica priva di precisi contenuti, ma come la affermazione della preminenza sostanziale della società e dell'ordine sociale in confronto ad ogni potere politico che in qualche modo pretendesse di rendersi prevalente o dominante in confronto alla società stessa» (96), significa — in altre parole — la riconduzione

(96) Sono parole di Giorgio BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1990², p. 89. Dello stesso Berti si veda anche: *Diritto e Stato - Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, p. 28 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

alla società della funzione normativa e, di conseguenza, la non-identificazione fra ordine giuridico e Stato; una società sorpresa dall'art. 2 in tutta la ricchezza delle varie formazioni sociali; una società vocata, secondo l'indicazione dell'art. 3, a garantire l'eguaglianza fra i cittadini con la rimozione di tutti quegli ostacoli che possano impedire il pieno sviluppo della persona (97).

Se un pregiudizio assolutistico non vizia apoditticamente la mente dell'interprete, questi tre articoli sembrano scritti anche per i nostri assetti proprietari collettivi: manifestazioni vivaci della sovranità popolare nel suo vario esprimersi, concorrono con un proprio patrimonio inconfondibile e con un atteggiamento psicologico di orgogliosa autonomia a quella realtà complessa ma non compatta che è il diritto italiano, cioè il diritto avente a proiezione geografica il territorio della Repubblica italiana (98); formazioni sociali, che si pongono custodi di un costume e di una organizzazione socio-economico-giuridica squisitamente idonei, in presenza di certe condizioni strutturali, alla promozione sociale ed economica dei singoli membri.

In grazia di questi tre articoli il giudice repubblicano non ha vincoli — nemmeno sul terreno dello stretto diritto positivo — a dover misurare le architetture giuridiche degli assetti collettivi con i principii loro esterni ed estranei contenuti nelle leggi dello Stato; ha piuttosto il dovere culturale ma anche giuridico di 'misurarli' con le unità di misura offerte dalla loro tradizione culturale.

Circa ottanta anni fa, un giurista di straordinaria intelligenza e

---

(97) Recentemente, Angelo Falzea, cercando di cogliere il 'segreto' più riposto di ogni ordinamento giuridico, così scriveva: «ciò che forma una comunità giuridica è il comune tipo di vita. La base di ogni vita comune è l'interesse comune, un sistema di esigenze reali e realizzabili che accomuna i diversi soggetti umani e li aggrega in un gruppo organico, caratterizzato dal suo specifico tipo di esistenza. Ogni ordinamento giuridico è dunque un sistema di interessi» (A. Falzea, *Sistema culturale e sistema giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIV (1988), p. I, p. 14). Una conclusione che calza a pennello ai nostri assetti collettivi, i quali si presentano a noi come modi peculiarissimi di vivere un 'comune tipo di vita'.

(98) Con una normazione propria, se «normazione propria significa che le norme del gruppo originino dalla determinazione del gruppo e che effettivamente si impongano all'osservanza dei suoi componenti» (M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, VIII (1958), p. 232.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cultura anche se ben provveduto di chiusure legalitarie e portatore di parecchie sordità verso le idee novatrici del primo Novecento (99), Francesco Ferrara, non ebbe esitazione a scrivere, in una sua pagina vibrante, «che si tratta di forme storiche di godimento della proprietà fondiaria che perdurano all'ombra del diritto anteriore sotto cui furono costituite» (100). Ferrara, ben immerso nel positivo, si limitava nel 1915 a parlare — però efficacemente — dell'ombra del diritto anteriore; noi, oggi, anno di grazia 1990, abbiamo il dovere di parlare di realtà pluriordinamentale, di rendere finalmente concrete le soltanto teoricamente acquisite conclusioni romaniane e di cogliere in quelle organizzazioni principii che sono al di là del diritto prodotto dallo Stato, che sono *altri* rispetto al sistema legislativo statuale, e come tali vanno compresi e rispettati. Non ne consegue un difetto di giurisdizione; ne consegue, al contrario, un arricchimento nella tastiera del giudice (e, con maggiore facilità, dello scienziato); giudice e scienziato debbono ficcare ben a fondo lo sguardo in quanto è avvenuto nell'altro ordine giuridico, perché unicamente lì sono le chiavi per una soddisfacente comprensione.

Non v'è dubbio che questa visione più complessa apra molteplici problemi, tutti da proporre e da tentar di risolvere alla luce di un autentico pluralismo. Il più grosso è certamente quello dei limiti che un siffatto diritto alieno non può valicare. Il limite dell'ordine pubblico è una concessione affatto teorica, giacché son lontani i tempi in cui la proprietà individuale veniva considerata cardine essenziale di questo e le proprietà collettive sinonimo di sovversione sociale e di aberrazione etica e giuridica. La attuale disciplina costituzionale della proprietà si colloca infatti in una posizione di discontinuità rispetto al vecchio individualismo proprietario e stacca recisamente il problema proprietario da quello dei principii caratterizzanti dell'assetto costituzionale. Più concreto è invece il

(99) Ne è un esempio il 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» e i coreuti italiani di Hermann Kantorowicz (vedi ora il saggio ristampato in F. FERRARA, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954).

(100) FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 494.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

problema che questi ordinamenti giuridici, con la loro normazione originaria e peculiare, possano entrare in frizione con quei principii fondamentali della Costituzione che sono i cardini della intiera convivenza civile. Il nodo è emerso anche a livello giudiziario per quanto attiene alla esclusione delle donne dagli organi sociali o dalla comproprietà dei beni comunitari sancita dagli Statuti di Comunanze e Regole: pensiamo alla recente ordinanza della Corte Costituzionale per le Regole ampezzane (101) e alla sentenza della Corte d'Appello di Trento per la Regola feudale di Predazzo (102); e constatiamo le contorsioni presenti soprattutto nel sinuoso ragionare della Corte Costituzionale.

Basterebbe forse un po' di coraggio per arrivare a considerare correttamente e in modo radicalmente nuovo il rapporto fra diritto statuale italiano e diritto degli assetti proprietarii collettivi; se ostacoli ancora possono esserci (e anzi ce ne sono parecchi), sono infatti di cultura e di educazione del povero giurista plagiato da due secoli di assolutismo giuridico. E per colpa di questo plagio — ne sia o non ne sia consapevole, ha poca rilevanza — non si riesce a mettere a frutto tutte le risorse liberatorie che, anche sul piano metodologico, potrebbero scaturire da una lettura aperta della Costituzione del '48. L'amara constatazione, che oggi non ci si può esimere dal fare, è che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, messa a punto con uno straordinario nitore intellettuale proprio in Italia settantadue anni fa, non ha mai attecchito fra le convinzioni del plagiatissimo giurista italiano. Viene invece serbata con imbarazzo sulle sommità del suo apparato teorico come si può serbare in casa nostra una claudicante poltrona antica, splendida e prestigiosa ma su cui si invita a non sedersi per evitare prevedibili cadute rovinose. Un mero ornamento, insomma, che il giurista italiano per primo rifiuta di considerare funzionale e di annoverare tra i suoi strumenti di azione.

È per questo che non si può non salutare con favore le correnti

---

(101) Ci riferiamo alla Ordinanza 26 luglio 1988, n. 917 (vedila in *Le Regioni*, XVII (1989), p. 1649 con annotazione di U. Pototschnig).

(102) Ci riferiamo alla sentenza 22 novembre 1988, n. 480, in causa Regola feudale di Predazzo c. Giacomelli Francesco, citata dal Pototschnig nella annotazione ora menzionata.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di un vento nuovo che cominciano a muoversi anche fra i costituzionalisti, come è testimonianza nel corso di lezioni che Giorgio Berti ha dato alla luce in prima edizione appena tre anni fa, un corso al quale — per il coraggio di cui è lucidamente portatore —, malgrado gli auguri più schietti che mi sento di formulargli, è facile pronosticare uno scarso successo se non una (più o meno) aperta ostilità da parte dell'intiera corporazione dei giuspubblicisti (103). Il tentativo di Berti, un personaggio non nuovo a iniziative coraggiose (104), è commendevole proprio perché vuol costringere il giurista che pensa e opera all'ombra della nuova Costituzione a una revisione totale, cioè a una revisione che non può non investire tutta la sua vecchia impalcatura teoretica. Troppo spesso i nostri costituzionalisti, dopo aver tratto tante conseguenze sostanziali sul rapporto cittadino-Stato, si erano e si sono arrestati di fronte al sacrario dell'assolutismo giuridico lasciandolo praticamente intatto e cioè in totale incoerenza e disarmonia con il tessuto innovativo della carta costituzionale. Soprattutto, restava intatto il vecchio modo di concepire le fonti, il sistema delle fonti. Il pregio grosso dello scavo di Berti è la pretesa di portare fino al territorio proibito delle fonti la propria revisione, partendo da una degnità di fondo: la riconduzione alla società della funzione normativa. Alla luce di questa degnità, scoperta come fermento vivo di tutta la Costituzione, i dogmi dell'assolutismo giuridico — a cominciare dal principio assolutistico della gerarchia delle fonti (principio 'mortificante', dice Berti) (105) — dimostran tutta la loro insensatezza e

(103) Ci riferiamo al sopra citato 'corso': *Interpretazione costituzionale*, di cui utilizziamo la seconda edizione (Padova, Cedam, 1990).

(104) È, per esempio, una felice e coraggiosa iniziativa di Giorgio Berti il Convegno milanese del 1984 su 'Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche', i cui interessantissimi 'Atti' sono stampati in *Jus*, XXXII (1985), un Convegno che senza reticenze e ipocrisie tendeva a guardare con occhi rinnovati ma soprattutto con una psicologia rinnovata allo spinoso problema delle fonti di diritto oggi.

(105) «La pluralità delle fonti, connaturale ad un sistema giuridico costruito positivamente con il riconoscimento a più categorie di soggetti della capacità normativa, è stata però mortificata dalla creazione di un sistema gerarchico, al cui vertice sta in definitiva la legge di origine parlamentare» (BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 163).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

inadeguatezza sia rispetto allo stadio delle attuali conoscenze, sia rispetto alla sensibilità oggi diffusa. Sarà un affrancamento per ogni giurista, che si sentirà titolare di una funzione interpretativa e non di un servizio meramente esegetico, sarà anche, per il problema modesto di cui si è discorso fin qui, il definitivo affrancamento delle proprietà collettive da vecchie ipoteche, che potevan sembrare incancellabili (106).

(106) Purtroppo, il peggio — più che al recente passato — sembra appartenere al futuro prossimo. Molte proposte di legge pendono attualmente di fronte al Parlamento italiano in tema di «usi civici», e appaiono tutte ispirate alla solita perversa visione assolutistica, oltre che a un atteggiamento unilaterale e intollerante, a una grossolana incultura di fondo, a pesante ignoranza dei più elementari problemi storico-giuridici. Con la conseguenza nefasta di fraintendimenti certi e altrettanto certe iniquità. Si aggiunga che è rilevabile anche una allarmante disattenzione per la valutazione ecologica del fenomeno nei suoi molteplici nessi con l'ambiente, su cui aveva efficacemente — ed opportunamente — insistito negli ultimi anni della sua vita il compianto Guido Cervati, e che è un aspetto oggi non trascurabile da parte di un legislatore oggettivo e consapevole. Una volta tanto, c'è da sperare che la consueta impotenza del Parlamento nazionale, dominato dai suoi particolarismi e dalle sue risse, impedisca che queste sciagurate proposte divengano legge dello Stato. Per un primo desolante quadro, cfr. A. GERMANÒ, *Verso la liquidazione dei diritti su terre collettive e di uso civico*, in *Cellulosa e carta* a. 1990, p. 35 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

NATALINO IRTI

IL NEGOZIO GIURIDICO COME CATEGORIA STORIOGRAFICA

1. La 'natura' pregiuridica del negozio. — 2. La stratificazione del piano sociale e del piano giuridico. — 3. Teoria della volontà e teoria della dichiarazione: comune antinormativismo. — 4. La polemica tra il Betti e lo Stolfi come disputa sul linguaggio. — 5. Il monismo nella teoria del negozio: Santi Romano. — 6. *Idem*: Hans Kelsen. — 7. Tensioni logiche del dualismo. — 8. La mediazione bettiana. Funzione ideologica del negozio. — 9. Il negozio giuridico come categoria storiografica. I problemi della società tecnologica. — 10. Separatezza tra autonomia privata e negozio giuridico.

1. Il centenario della nascita ci conduce di nuovo sulle pagine, dettate da Emilio Betti il 1963 per la voce '*Negozio giuridico*' di un'enciclopedia delle nostre discipline (1). Pagine conclusive, poiché il pensiero vi assume — dopo il travaglio di circa mezzo secolo — una perentoria e serrata limpidità.

Ne offriremo una lettura storico-critica nei profili più generali ed esemplari.

> "Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggiarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico. Mezzi di tal natura nei rapporti fra singoli sono per eccellenza i negozi giuridici" (2).

Il fenomeno — denominato 'negozio giuridico' — si situa dunque, nell'ordine storico e logico, *prima* dell'intervento del di-

(1) E. Betti, *Negozio giuridico*, voce in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1968 (anche in *Temi*, 1963, pp. 605-631: da cui si cita).

(2) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 605.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ritto. Che 'interviene', o, meglio, 'sopravviene': cioè, *giunge dopo* che i singoli, nello sviluppo spontaneo dei bisogni e nell'assidua circolarità della vita di relazione, hanno disposto "per l'avvenire un assetto di interessi rispondente alle loro esigenze nei propri rapporti con altri" (3). Questi mezzi tecnici presuppongono ordinamenti economico-sociali, fondati sulla *proprietà dell'individuo* (4); e restano, perciò, ignoti o esclusi dove i beni siano assegnati dall'alto e distribuiti d'ufficio.

Sul terreno pre-giuridico, il negozio appare come atto di autonomia privata, atto del "comandare in casa propria" (5).

> "Autoregolamento — scrive il Betti nella '*Teoria generale del negozio giuridico*' (6) — che dalla coscienza sociale è già considerato siccome impegnativo per le parti prima ancora che l'atto assorga alla dignità di negozio giuridico: è considerato, cioè, non come un programma puro e semplice, cui esse rimangano libere di attenersi o meno (quale potrebbe essere un proposito individuale, formato nell'interno della coscienza), ma come un criterio vincolante, come una regola di condotta che esige di essere osservata e che, in caso d'inosservanza, è accompagnata, nella vita sociale, da sanzione più o meno essenziale e sicura..."

Il negozio, già nella fase pregiuridica, oscilla tra diverse nature: di *assetto di interessi,* disposto ed attuato; e di *criterio* o regola di azione, che attende, appunto, d'essere obbedita e realizzata. L' *antivolontarismo* sospinge il Betti verso la prima soluzione: il singolo "non si limita a dichiarare che vuole alcunchè, ma dichiara ed opera senz'altro la cosa che vuole" (7). Il Betti, tuttavia, non riesce a nascondersi che i bisogni rimangono spesso insoddisfatti, e che l'assetto d'interessi può urtare in contrarie ed avverse volontà: donde il riemergere del negozio come regola di condotta, accompagnata da *sanzioni* sociali. La sanzione implica la regola, e la libera scelta tra l'osservarla e il trasgredirla: essa è concepibile proprio perchè l'assetto di interessi resta soltanto dichiarato e programmato, e gli individui si mostrano riluttanti a tradurlo in concreta realtà. Il

---

(3) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 605.

(4) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 605.

(5) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 605.

(6) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* 2ª rist. 2ª ed., Torino, 1955, pp. 42-43.

(7) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 607.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

'disporre per l'avvenire' è bensì un disporre, oggi operato e voluto, ma che si apre, insieme, a tutte le incognite dell'avvenire, e così alle scelte diverse e contrastanti dei soggetti vincolati. Nelle pagine bettiane, è dato di cogliere la tensione tra forza costitutiva nel presente e attesa del futuro: tra un negozio, che, sfuggendo alla volontà, è cosa operata ed attuata; ed un negozio, che, consegnandosi alla volontà dei soggetti, può essere realizzato o deluso.

2. Quale *mutazione* determina in codesta natura (o duplice natura) il sopravvenire della tutela giuridica? È la domanda radicale e decisiva nell'analisi della voce bettiana.

> "Per il fatto di essere poi riconosciuti dal diritto, i negozi non cambiano natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate da sanzioni più energiche e sicure, che appaiono qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore" (8).

Il luogo ha un'importanza straordinaria. La natura del negozio resta *immutata;* l'intervento del diritto si svolge soltanto sul terreno della tutela, che è 'aggiunta e logicamente posteriore'. Il diritto "ricollega all'atto di autonomia effetti tali da assicurare l'adempimento della funzione tipica di esso, traducendola in qualificazioni idonee ad attuarla con la più stretta aderenza possibile" (9).

A ben vedere (ed a leggere, con pazienza esegetica, le pagine del Betti), la mutazione non si restringe alle forme della tutela, all'apparato sanzionatorio, ma tocca lo *status logico* del negozio. Il quale assume la posizione di fattispecie di una norma già esistente: così *(e soltanto così)* è possibile al diritto di ricollegarvi *effetti,* di tradurre la funzione tipica in qualifiche giuridiche. L'autonomia pregiuridica, o extragiuridica, si trasforma in *potere di realizzare la fattispecie* (10). Affiora qui uno dei problemi più ardui della teoria del negozio: la compatibilità tra caratteristiche pregiuridiche e posizione di fattispecie. Sotto l'un profilo, il negozio è atto *indi-*

---

(8) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 605. Cfr., in adesione, A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3ª ed., Milano-Varese, 1953, p. 197.

(9) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 607. Cfr. F. Vassalli, *Corso di istituzioni di diritto civile,* 2ª ed., Genova, 1922, pag. 123.

(10) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pag. 47.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pendente dal diritto; sotto l'altro, esso è previsto in un'ipotesi normativa, e perciò dal diritto dipendente. Secondo l'uno, *precede il diritto;* secondo l'altro, *procede dal diritto.* Il potere di realizzare le ipotesi normative, e così di determinare gli effetti anticipatamente stabiliti, non è un potere sociale, ma un potere concesso e regolato dal diritto. E *gli effetti non sono già 'assetti di interessi',* ma *diritti ed obblighi. che attendono d'esser esercitati e adempiuti.*

È, questo, il problema, che il Betti raccoglie nella *metafora della stratificazione*, della realtà come cosmo costituito a strati, sicchè il piano giuridico appare sovrapposto al piano economico-sociale (11). Problema, già percepito da Giuseppe Messina (12):

> "Ora è vero che il contratto, come *assetto di fatto,* ha avuto socialmente esistenza prima del suo riconoscimento giuridico, e che non è stato il diritto ad insegnare ai singoli quelle particolari forme di scambio dei beni rispondenti al nome di compravendita, di locazione ecc. Ma poichè è innegabile che il risultato di quel movimento di valori è diverso a seconda che esso sia affidato alla tutela di forze atomistiche sociali od alla difesa del potere sociale, la differenza dei due stadi successivi dell'evoluzione economica non è cosa che si possa negare sic et simpliciter".

È agevole notare che, mentre in Messina il rapporto tra i due 'stadi' ha carattere storico (sicchè l'uno succede all'altro, e lo supera e sostituisce), in Betti il rapporto è piuttosto di *compresenza logica,* di modo che la natura sociale del negozio si conserva anche sul piano giuridico ed entro la nuova posizione di fattispecie. Questa "contiene già, essa stessa, l'enunciazione o l'attuazione di un precetto da osservare nell'interferenza tra sfere d'interessi: precetto che l'ordine giuridico valuta secondo il suo sovrano apprezzamento e traduce in rapporto giuridico con le restrizioni e le modificazioni che stima opportune" (13).

---

(11) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pp. 4-5. Cfr. Id., *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività:* prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione, in *Riv. internaz. fil. dir.,* 1949, pp. 2 sgg.; e *Teoria generale delle obbligazioni,* I, Milano, 1953, pp. 9 sgg. Vedi, per un'analisi delle vedute bettiane, N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico,* 1978, ora in *Scuole e figure del diritto civile,* Milano, 1982, spec. pp. 77 sgg. e riprodotto nel primo capitolo di questo libro.

(12) G. Messina, *Negozi fiduciari,* 1910, ora in *Scritti giuridici,* I, Milano, 1948, pag. 52.

(13) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pag. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

3. Il problema, poco di sopra accennato, sorge da ciò: che il Betti attribuisce al negozio una *natura* extragiuridica, un'essenza immutevole, indipendente dai modi della tutela legislativa. Il diritto *giunge dopo, ed aggiunge qualcosa,* ma non trasforma nè altera la natura originaria del negozio.

Siamo dinanzi ad un rigido e schietto *antinormativismo:* la pagina bettiana è segnata dal tenace *conflitto tra negozio e norma, tra ordine sociale dell'autonomia privata e ordine giuridico della legge.* Preme qui un rilievo, che riesce indispensabile nella collocazione storiografica del Betti: l'assidua polemica contro il dogma della volontà non significa nè comporta la dissoluzione normativa del negozio. *'Depsicologizzare'* (14) non è *'normativizzare':* l'uno indica il primato della dichiarazione sull'interno volere; l'altro, il primato della norma sul negozio. La nobile disputa scientifica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi non toccò il rapporto tra negozio e legge, ma tra manifestazione e interno volere. Essa si aggirava intorno al quesito: se il negozio giuridico sia un atto di volontà; non già: se il negozio giuridico perda la propria originaria natura, e si risolva in una tra le fattispecie previste dal legislatore. Comune era negli interlocutori il *presupposto* di un ordinamento, fondato sulla proprietà individuale e sulla libertà di iniziativa privata (15). Comune — se si predilige la brutale sintesi degli slogans — il *conservatorismo giuridico:* comune, infine, il *riconoscimento di una forza originaria dei singoli,* che lo Stato e la legge trovano già esistente ed operosa nel terreno sociale.

La strenua battaglia, combattuta dalle teorie della volontà e della dichiarazione, *prescinde,* in certa misura, dallo *status* del nego-

---

(14) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 607. Cfr. N. Irti, *Itinerari* ecc., cit., pp. 95-96. Perspicui rilievi sul volontarismo in R. Sacco, *Il contratto,* Torino, 1975, pp. 240-244.

(15) G. Stolfi, *Il negozio giuridico è un atto di volontà,* 1948, ora in *Studi di diritto privato,* Milano, 1980, spec. pp. 399-400. Da ricordare, per sincerità morale, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico,* rist., Padova, 1961, XII: «La figura *de qua* si affermava dunque non come una semplice nozione tecnica — opportuna per esporre nella parte generale i concetti di uso più frequente nelle singole parti speciali — ma come la conseguenza del principio politico dell'autonomia della volontà». Intorno alla disputa tra il Betti e lo Stolfi, v. P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico,* Napoli, 1973, spec. pp. 252-253, che ne segnala il carattere ideologico e 'metafisico'.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zio nell'orbita legislativa. Essa riguarda la disciplina della divergenza tra dichiarazione e volontà, non già il rapporto tra negozio e norma legislativa. Si sorprendono, anzi, in Betti e Stolfi note di affinità ideologica e concettuale: l'autonomia privata, al pari della volontà, si staglia come *energia naturale e spontanea,* capace, *di per sè,* di regolare interessi e soddisfare bisogni dei singoli.

Parlerei, perciò, di comune *naturalismo giuridico* (16), poiché entrambi i civilisti — pur discordi circa la portata dell'interno volere — riconoscono ai singoli una forza o attitudine originaria, anteriore alla legge e dalla legge soltanto garantita. "Infatti propriamente la volontà — aveva insegnato il Savigny (17) — di per sè stessa deve essere considerata come l'unico elemento importante ed efficace, e soltanto perchè essa è un fatto interiore, invisibile, noi abbiamo bisogno di un segno, per il quale essa possa esser conosciuta dagli altri, e questo segno, mediante il quale la volontà si fa palese, è appunto la dichiarazione".

Le vedute del liberalismo classico, onde le libertà sono garanzie accordate dalle istituzioni pubbliche ai 'godimenti privati' (è l'efficace formula di Benjamin Constant), dominano per intero la teoria dello Stolfi. La critica bettiana del liberalismo, svolta in nome di un più intimo e solidale rapporto tra il singolo e la comunità, non ne rifiuta nè abbandona i postulati: appunto, quel *presupposto,* quella posizione originaria dell'autonomia, che sorge prima dello Stato e che lo Stato non riesce ad assorbire neppure con il sopravvenuto 'riconoscimento' (18). Il bersaglio della graffiante polemica del Betti

---

(16) Cfr. N. Irti, *Itinerari ecc.,* cit. pag. 94. Da vedere spec. G. Solari, *Filosofia del diritto privato* - II - *Storicismo e diritto privato,* rist., Torino, 1971, pp. 196 sgg., e F. Calasso, *Il negozio giuridico* - Lezioni di storia del diritto italiano, rist. 2ª ed., Milano, 1967, pp. 6, 14, 29-30. Di 'criptogiusnaturalismo' della dottrina pandettistica parla incisivamente L. Mengoni, *Proprietà e libertà,* in *La costituzione economica ecc.,* Milano, 1990, p. 13.

(17) F.C. di Savigny, *Sistema del diritto romano attuale,* trad.it. V. Scialoja, III, Torino, 1900, § 134, p. 342. Vedi M. Brutti, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny,* in *Quaderni fiorentini,* 1980, pp. 265 ss.

(18) Per gli indirizzi del liberalismo classico (da Locke a Constant, da Kant a von Humboldt), vedi spec. G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno,* (1930-31) a cura di L. Firpo, Napoli, 1974, pp. 42 sgg., 143 sgg.; e N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia,* Milano, 1985, pp. 7 sgg. Esemplare F. Ruffini, *Diritti di libertà,* 2ª ed., a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1946, pag. 135: «La legge non è ... mai ... il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

non è già il *prestatalismo o antistatalismo* dello Stolfi, ma l'*individualismo,* che, lasciando insoddisfatta e delusa l'esigenza di riconoscibilità sociale, si mostra incompatibile con l'oggettività delle forme rappresentative: di quei contesti di elementi sensibili, attraverso cui "gli uomini pervengono a intendersi fra loro" (19). La *riconoscibilità sociale* — come garanzia di reciproco intendersi, e di seria ed austera osservanza dei vincoli intersubiettivi — si contrappone alla pura teoria del volere: ciò che preme al Betti non è di affermare il primato dello Stato, nè di attrarre e risolvere il negozio nella logica delle fattispecie, quanto di rinvigorire la *stabilità* e la *coerenza* delle parole dette e dei contegni tenuti dai singoli.

4. La critica bettiana — mirante a depsicologizzare il negozio — non è svolta, quindi, nel segno del normativismo, ma della *riconoscibilità sociale*, ossia del significato oggettivamente proprio di parole e di condotte umane. La *socialità dei codici semantici,* che permette così di renderci conto dei nostri atti come di interpretare gli altrui, è il motivo costante della pagina bettiana:

> "Qui sta anche il fondamento dell'autoresponsabilità che ne consegue. Ciò che ci fa responsabili dinanzi a noi stessi della situazione in cui veniamo a trovarci coi nostri atti è il fatto di essercene resi conto, e così di averne potuto prevedere e misurare le conseguenze (20); "Chi volontariamente compie un atto d'autonomia privata rendendosi conto del significato ch'esso ha secondo le vedute sociali, riconosce per ciò stesso, di regola, come l'esperienza insegna, il valore impegnativo di quanto fa o dichiara. Tale

---

cominciamento del Diritto; è invece semplicemente un'aggiunta al Diritto preesistente, o una modificazione di esso».

(19) E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* 2ª ed., a cura di G. Crifò, Milano, 1971, spec. pp. 5-6; Id., *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pag. 52; Id., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito,* a cura di G. Mura, Roma, 1987, pag. 61. Cfr. I. Bleicher, *L'ermeneutica contemporanea,* trad. it. S. Sabattini, Bologna, 1986, pp. 44 ss.

Istruttivo è E. Betti, *Recenti reazioni liberali contro il pensiero di Hegel,* in *Scritti giur. in onore di F. Carnelutti,* IV, Padova, 1950, pp. 27-52: dove, in polemica con l'Antoni e il De Ruggiero, si svolge la critica del liberalismo *atomistico*; e si riafferma (spec. pag. 41) che la singola persona «è chiamata ad un compito di collaborazione con potenze che la trascendono».

(20) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 616.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

valutazione è immanente alla coscienza del significato; e questa basta per la riferibilità del contenuto dell'atto al suo autore" (21).

Il filo connettivo dei rapporti umani è ordito dalla socialità dei significati, sicchè chi usa una parola, o tiene una condotta, è in grado di prevedere e misurare l'attesa dei destinatarî. La critica del volontarismo è *critica dell'instabilità e imprevedibilità semantica,* non già critica dell'individuo in nome della legge statale. In luogo della naturalità del volere — mutevole e precario, labile e discontinuo — il Betti colloca l'istituzionalità del linguaggio, in cui si incontrano e ritrovano tutti i membri della società. Il codice semantico (delle parole, dei silenzi, dei gesti) subentra alla volontà interiore dei singoli: mentre questa richiederebbe analisi arbitrarie e subiettive, quello riposa su significati tipici, costruiti ed accolti dalla società (22).

La controversia tra lo Stolfi e il Betti cade propriamente sull'interpretazione dei testi negoziali. Essa andrebbe oggi riletta, appunto, come controversia intorno alla soggettività od oggettività dei valori semantici.

5. Emilio Betti, teorico del negozio come 'fatto sociale' (anteriore ed estraneo al diritto), sembra collocarsi accanto al teorico della pluralità degli ordinamenti giuridici. L'uno e l'altro, antinormativisti ed antikelseniani.

Sarebbe conclusione banale e grossolana.

L'itinerario di Santi Romano è tracciato da una pagina di '*L'ordinamento giuridico*' (1918), e da una nota aggiunta nel 1945. Ecco la pagina:

"... un negozio giuridico, che pone in essere soltanto rapporti, non basta per far sorgere diritto obiettivo. Per raggiungere quest'effetto, è necessario un atto che non si limiti a costituire un rapporto il quale si muova

(21) E. Betti, *Negozio giuridico,* cit., pag. 618. Consente A. Candian, *Nozioni,* ecc., cit., pp. 199-201. Cfr. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, nuova ed. a cura di A. Pintore, Milano, 1985, che bene segnala il 'comportamentismo' della teoria bettiana.

(22) Fondamentale M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi,* Roma, 1928, spec. pp. 70-75. La 'riconoscibilità sociale' del Betti è uno sviluppo del principio di responsabilità, per il quale è sempre da vedere V. Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozî giuridici,* prolusione romana (12/1/1885), e *Negozî giuridici* (1892-93), 5ª rist., Roma, 1950, p. 62.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in tutti i suoi elementi nell'ambito di un ordinamento già esistente, ma deve esso medesimo porre, almeno in parte, quest'ultimo. Anzi, poichè una regola, in sè e per sè, presa isolatamente, non è... il diritto obbiettivo, un atto giuridico, perchè possa considerarsi fonte di diritto, occorre che stabilisca non soltanto regole, ma una più o meno completa organizzazione sociale" (23).

Segue in nota la postilla del 1945:

"Anche sulla natura dei negozi giuridici, la mia opinione attuale è diversa da quella accennata nel testo: essi pongono in essere non soltanto rapporti, ma anche norme che regolano questi rapporti e sono giuridiche, cioè istituzionali, in quanto l'autonomia sulla quale si fondano deriva dallo Stato e dallo Stato sono esse protette" (24).

Per l'ultimo Romano, il negozio è, dunque, *fonte creatrice di norme:* e fonte *istituzionale,* poichè l'autonomia privata non precede lo Stato, ma deriva dallo Stato. L'autonomia dei privati non è concepibile "all'infuori di ogni attacco con un ordinamento superiore e quindi con l'ordinamento statale" (25). Alla cerchia degli ordinamenti originarî appartiene il 'diritto dei privati', non già il 'diritto privato', "che ha il suo fondamento nel diritto pubblico dello Stato" (26). Assistiamo così alla rigorosa dissoluzione del negozio giuridico nel diritto statale: l'autonomia privata non è una forza originaria, riconosciuta e garantita dal diritto, ma un potere *derivato,* neppure concepibile al di fuori di un 'attacco' con l'ordinamento superiore dello Stato.

Il Romano esclude ogni profilo di socialità: il carattere istituzionale ed organizzativo scende dallo Stato all'autonomia privata, che, dunque, vive per lo Stato ed entro lo Stato.

---

(23) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* rist. 2ª ed., Firenze, 1951, pp. 70-71.

(24) SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico,* p. 71, nota 47quater

(25) SANTI ROMANO, voce *Autonomia,* in *Frammenti di un dizionario giuridico,* rist., Milano, 1953, g. 24. Cfr. N. Irti, *Itinerari* ecc., cit., pp. 83-85.

(26) SANTI ROMANO, voce *Autonomia,* cit., p. 24. Rammenterei qui la posizione estrema di A. VOLPICELLI, in *Corporativismo e scienza del diritto,* Firenze, 1934, pag. 47, secondo cui l'individuo, anche nei rapporti privati, è *organo dello Stato*: "Nella sfera del 'normativamente previsto', l'individuo opera ed è rilevante come organo dello Stato (come *socius*), e ciò perchè il campo del 'normativamente previsto' è campo di organizzazione normativa dell'ente, e solo di esso; per cui l'individuo non può che recare in atto, solo e sempre, la volontà dello Stato".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

6. Stupisce in questo riguardo l'affinità — seppur con diverse movenze teoriche — tra Santi Romano ed Hans Kelsen.

Il negozio giuridico è dal Kelsen schiettamente inserito nella struttura gerarchica (*Stufenbau*) del diritto obbiettivo: nel cosmo a gradi, dove "la validità di una norma, prodotta conformemente ad un'altra norma, riposa su quest'ultima, la cui produzione a sua volta è determinata da un'altra" (27).

Questo salire a ritroso è descritto, con singolare perspicuità, dal grande praghese:

> "È specialmente caratteristico del diritto civile che un negozio giuridico possa apparire fra le condizioni della sanzione. L'illecito consiste nel fatto che una delle parti non adempie ad un obbligo impostole da un negozio giuridico. Il negozio giuridico è un atto mediante il quale gli individui autorizzati dall'ordinamento giuridico regolano giuridicamente taluni rapporti. Esso è un atto creativo di diritto, perchè produce doveri giuridici e diritti per le parti che concludono il negozio. Ma al tempo stesso è un atto applicativo di diritto, e quindi crea ed applica insieme il diritto. Le parti ricorrono a norme generali che rendon possibili i negozi giuridici. Concludendo un negozio giuridico, esse applicano queste norme giuridiche generali ... . È nella funzione creativa di diritto del negozio giuridico che si manifesta la cosiddetta 'autonomia privata' delle parti" (28).

In Kelsen, come in Santi Romano, il negozio non trae vita da una forza originaria (la volontà, per Stolfi; l'autonomia economico-sociale, per Betti), ma da un *atto superiore dello Stato.* Il quale non riconosce, nè accoglie nè semplicemente tutela, un fenomeno anteriore, ma *attribuisce* il potere di compiere il negozio: e *dà ai privati ciò che loro altrimenti non avrebbero.* Vi è bensì, anche in questa prospettiva, una *stratificazione* logica, un trascorrere da un piano ad

---

(27) H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. M. G. Losano, Torino, 1966, p. 252.

(28) H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato,* trad. it. S. Cotta e G. Treves, 3ª ed., Milano, 1959, p. 139. È significativo che un eminente giurista, non sospetto di simpatie kelseniane, così definisca il negozio: "... è l'atto di una volontà *autorizzata* dall'ordinamento a perseguire un suo scopo" (corsivo nostro: F. SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile,* 7ª ed., Napoli, 1962, p. 124). Cfr., per una veduta simile, A. MANIGK, *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento degli atti giuridici privati*, in *Annuario dir. comp. e st. leg.*, 1942, spec. pp. 139-140. Per il fondamento autorizzativo dell'autonomia privata, è anche da vedere M. WEBER, *Economia e società*, III, trad. it. G. Giordano, Milano, 1980, p. 19 (su cui, assai bene, G. REBUFFA, *Max Weber e la scienza del diritto*, Torino, 1989, pp. 96-102).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un altro, ma tutto segue *all'interno dell'ordinamento statale.* Non si sale dal terreno psicologico o sociale a quello giuridico: si scende piuttosto *da un piano giuridico ad altro piano giuridico.*

Si direbbe che la stratificazione è omogenea, e non eterogenea: che il cosmo romaniano e kelseniano è costrutto di strati *esclusivamente giuridici,* mentre il cosmo del Betti o dello Stolfi comprende, al di sotto dello strato giuridico, uno strato di diversa natura, psicologica o sociale. Si fronteggiano *monismo* e *dualismo:* una teoria chiusa del diritto, che genera *all'interno* le forze dello sviluppo e della creazione dinamica; ed una teoria aperta, che le attinge ed accoglie *dall'esterno.* Betti percorre decisamente l'ultima strada:

> "Ben lungi dal fondarsi su di una delegazione di poteri, su di una investitura dall'alto, la competenza dispositiva dei privati deriva dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro. Per l'appunto quest'autonomia extragiuridica, intesa come il fatto sociale dell'autoregolamento d'interessi propri, rende anzitutto ragione dei riconoscimento e della sanzione da parte dell'ordine giuridico" (29).

7. Il dualismo (o, se si vuole, la stratificazione eterogenea) suscita il problema del *passaggio* dall'uno all'altro piano: problema del riconoscimento, della tutela sopravvenuta, della recezione. Di *come* il negozio *entri* nella cerchia giuridica: se abbandonando l'originaria natura, oppure conservandola inalterata. Il 'passaggio' non incontra alcun ostacolo nelle teorie monistiche, dove il piano giuridico superiore attribuisce un potere al piano giuridico inferiore. *La giuridicità si espande dall'alto verso il basso;* nulla — date certe condizioni e modalità — resta al di fuori di essa. Tutto è diritto: *lex facit libertatem.*

Nelle teorie dualistiche, il cammino s'inizia all'esterno del diritto, nella sfera economico-sociale o nella psicologica. Quando le porte del diritto si aprono, che cosa accade di quelle forze originarie e naturali? Nel campo giuridico, domina implacabile la *logica della fattispecie:* soltanto attraverso lo schermo della fattispecie, i fatti sociali e gli stati psicologici penetrano nel diritto. Il processo di *giuridificazione* è processo di *riduzione a fattispecie:* questo principio conosce ed insegna lo stesso Betti (il capitolo introduttivo del maggior libro sul negozio non è altro da una teoria delle fattispe-

(29) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pag. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cie (30)). Ma poiché, pur dopo il riconoscimento del diritto, "*l'atto non cambia natura*" (31), ecco nascere il problema della *compatibilità tra essenza originaria del negozio e posizione di fattispecie giuridica.*

Nulla impedisce alla norma di determinare "gli effetti giuridici, che essa collega ad un dato fatto, mediante un procedimento indiretto consistente in un riferimento al fatto stesso" (32): ma qui il negozio, lungi dal valere nell'intrinseca capacità regolatrice, è degradato ed abbassato a *materiale normativo,* a fonte che la norma presceglie — quando crede e vuole — per la determinazione di effetti giuridici. La corrispondenza tra effetti e negozio (tra il contenuto degli uni e dell'altro) non deriva da una qualità o natura del negozio, ma soltanto dalla *volontà legislativa,* che sceglie di determinare gli effetti mercé il rinvio alla fattispecie. Si torna, così, nell'alveo delle teorie monistiche, dato che il negozio, perduta ogni caratteristica originaria, è assunto nel rango di fattispecie (di una tra le innumeri fattispecie) e piegato al servizio delle scelte legislative.

Non basta affermare — come usa anche da insigni dottori (33)

---

(30) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pp. 1-38.

(31) E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico,* cit., pag. 84.

(32) G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale,* 5ª ed., Padova, 1958, p. 270. Deve qui menzionarsi, per contiguità teorica, la sottile analisi dei 'punti di collegamento' tra fatto ed effetto giuridico, svolta da A. Falzea, *Efficacia giuridica* in *Voci di teoria generale del diritto,* Milano, 1970, spec. pp. 291-294. Si cfr. A.E. Cammarata, *Il "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), ora in *Formalismo e sapere giuridico - Studi,* Milano, 1963, p. 279: "... il contratto determina il contenuto dei poteri e degli obblighi assunti dalle parti, ma il titolo, o, se si preferisce un'altra espressione, la fonte di tali poteri ed obblighi è sempre nella norma che rende giuridicamente valido il contratto".

(33) Basterà ricordare G. Segrè, *Corso di diritto civile,* anno acc. 1928-29, Torino, s.d., p. 77; C. Longo, *Corso di diritto romano,* Parte generale, Milano, s.d., p. 35; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano,* Parte generale, 4ª ed., Milano, 1929, pp. 317-318. Scrive G. Calogero, *Lezioni di filosofia,* II, *Etica Giuridica Politica,* Torino, 1946, p. 266: "... è facile dire che il più elementare degli atteggiamenti giuridici è quello per cui Tizio e Caio convengono in un accordo, e questo può ben succedere anche nell'assenza di qualsiasi legge, anche in una barbarie scevra d'ogni legislatore e tribunale. Ma la verità è che, in tale assenza, quell'atteggiamento non è *giuridico,* non si distingue come tale da qualsiasi altra azione, a cui nessuno assegnerebbe il predicato della giuridicità. E, di fatto, perchè mai gli si attribuisce quel predicato, se non in forza dell'inavvertita presupposizione della legge, che qualificandolo come contratto gli collega certe conseguenze, minacciando a chi non l'osserva di prestar la sua forza coercitiva all'eventuale richiesta dell'altro contraente?".

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

— che gli effetti giuridici corrispondono al contenuto del negozio, o che essi sono volti a realizzare l'intento pratico delle parti: occorre chiarire se tale corrispondenza o destinazione sia *determinata dalla speciale natura del negozio,* o piuttosto *stabilita dalla legge.* Nel primo caso, si ricade all'interno delle teorie dualistiche; nel secondo caso, *il negozio si allinea accanto alle altre fattispecie,* spoglio di qualsiasi intrinseca energia.

La 'natura' del negozio, come delineata dal Betti, non riesce compatibile con la logica normativa: o il negozio si riduce a fattispecie tra le fattispecie (utilizzabile dal legislatore nella determinazione del contenuto degli effetti giuridici); o il negozio, *portatore di una propria logica e di un'intrinseca capacità regolatrice,* si misura e fronteggia con la norma, ora combaciando ora confliggendo con essa (34). A ben vedere, non si tratterà né di consonanza né di contrasto di *logiche,* poiché il negozio e la norma sono logicamente diversi: il negozio è previsto dalla norma, *è parte del contenuto descrittivo della norma* (appunto, la parte ipotetica o fattispecie) (35). Non sta fuori, ma dentro la norma. Si tratterà piuttosto di consonanza o di conflitto tra forze storiche ed interessi economici: gli uni, volti a riaffermare la sovranità e l'onnipotenza legislativa dello Stato; gli altri, tenaci nel difendere il territorio dei privati o protesi in allargarne i confini. Queste battaglie segnano il declino di vecchie norme e l'avvento di nuove, le quali registrano e consolidano i *risultati della lotta.* Sarebbe grave errore scambiare conflitti storici con dispute scientifiche, e chiedere alla teoria del negozio una risposta che essa non è in grado di dare.

---

(34) Osservava già, con la consueta perspicacia, P.E. BENSA, *Compendio d'introduzione* ecc., Torino, 1897, p. 129: tutti i fenomeni giuridici "dipendono dalla legge (diritto oggettivo), perchè essa sola può attribuire conseguenze giuridiche ad un fatto: viceversa, poi, tutti dipendono da un fatto, perchè la legge lo richiede come antecedente logico di tali conseguenze. Soltanto l'elemento della volontà umana apparisce sotto una luce speciale, perchè implica l'intervento di un altro volere oltre quello del legislatore".

(35) M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico. Fattispecie. Fatti giuridici,* anno acc. 1940 - 41, Torino, 1941, p. 144. Il problema è acutamente colto da B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico,* Napoli, 1958, spec. pp. 97 ss. Si rammenti l'icastica proposizione di T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* (1917), ora in *Scritti giuridici,* I, Milano, 1958, p. 271 «... la teoria del negozio giuridico è la teoria delle norme, che contemplano una determinata categoria di fatti giuridicamente rilevanti come fonti di rapporti giuridici».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

8. La teoria bettiana si presenta ormai come estrema ricerca di un *equilibrio storico-concettuale.* Il declino dello Stato risorgimentale, la crisi dell'individualismo economico, il codice civile del 1942 (il § 603 della Relazione rifiuta l'autonomia privata come 'sconfinata libertà del potere di ciascuno'; ed il contratto come 'docile strumento della volontà privata'); *l'ideologia corporativa della mediazione* tra privato e pubblico, tra singolo e Stato; la presenza pubblica nel mondo delle imprese, ed il connesso restringersi dei privati: sono, questi, i fattori oggettivi, destinati a congiungersi con il profondo *antinormativismo* di Emilio Betti. La legge dello Stato non esaurisce la realtà: neppure la *realtà del diritto,* che, sovrapponendosi al piano economico-sociale, non riesce né ad assorbirlo né a trasmutarlo. La società, quale comunità di uomini fedeli alla parola data e vincolati dai convenuti assetti di interessi, precede il diritto. Essa non può dissolversi nello Stato.

Le tensioni (o contraddizioni) logiche non inducono certo il Betti a rinunciare alla turgida ricchezza della vita sociale. L'austerità del normativismo gli appare come un grigio impoverimento: quasi una fatua geometria dell'intelletto. Di qui il negozio bettiano, che è, *insieme*, fatto sociale e fatto giuridico; esercizio di autonomia extragiuridica e fattispecie normativa; assetto di interessi, già attuato ed operato, e criterio di condotta; forza che chiede riconoscimento e potere riconosciuto. Termini dialettici, che percorrono ed animano le pagine bettiane, e che indicano l'estremo approdo della teoria del negozio: la quale, d'ora in poi, si troverà di fronte ad un'alternativa. O di regredire verso un rozzo psicologismo, facendosi nostalgica elogiatrice della volontà individuale; o di spingersi innanzi verso il monismo normativo (alla Romano ed alla Kelsen), in cui si perda e naufraghi l'originaria specificità del negozio. Ma i due estremi, per poco che si mediti, appaiono *storicamente esauriti e superati:* così l'individualismo come lo statalismo.

La mediazione del Betti — esprimendo un supremo sforzo conciliativo — solleva una radicale domanda: se mai la dottrina del negozio — categoria estranea al linguaggio ed alla disciplina legislativi — non abbia esaurito ogni funzione storica, e non debba *cedere la propria eredità concettuale alla categoria del contratto* (questa, sì, prevista e regolata dal legislatore). La teoria del negozio giuridico svolgeva una preziosa *funzione ideologica:* schermo teorico, sotto il

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale urgeva l'interesse dei privati a restringere la presenza dello Stato ed a contenere l'espansione del diritto pubblico. La borghesia agricola e mercantile ergeva il dogma della volontà di contro alla legge dello Stato: la volontà individuale, manifestata nel dominio statico delle cose (proprietà) o nel compimento degli atti di gestione (negozio), appariva come un'energia di natura, capace, *di per sè sola,* di regolare interessi e di produrre effetti giuridici. L'intangibilità dell'autonomia privata era difesa dal *grado di astrazione* della dottrina: quanto più comprensiva di figure, e lontana dalla concreta quotidianità dei casi, tanto più radicata nella *natura* dell'uomo e provvista di un'essenza immutevole e perenne. Diritto soggettivo e negozio giuridico sembrano così legati, che, ancora a metà degli anni Venti, Francesco Carnelutti può scrivere: "... il negozio giuridico è il diritto subbiettivo in esercizio, o, in altri termini, il modo di esercizio del diritto subbiettivo" (36).

La correlazione (tra diritto subbiettivo e negozio giuridico) era piuttosto storico-ideologica che concettuale e dottrinaria. Si trattava sempre di *profili o guise della volontà,* stimata quale forza originaria del singolo, non concessa nè sopprimibile dallo Stato. La stessa parola 'autonomia', nel suo velo semantico, trattiene l'eco dell'*originarietà* del potere pregiuridico di comandare in casa propria. Che non è, e non può diventare, casa dello Stato. Quella correlazione è schiettamente enunciata dai teorici del negozio: e così dal Betti e dallo Stolfi, i quali indicano nella proprietà individuale e nella libertà di iniziativa privata il *presupposto* stesso del negozio giuridico. Presupposto, che ne svela, insieme, la funzione ideologica: di *strumento di lotta,* utile nel trasferire la tutela degli interessi dal terreno economico-sociale al terreno teorico, occultandoli o nobilitandoli.

Ma — ed è il segno dell'antica controversia sul negozio — la *funzione ideologica* viene in conflitto con la *funzione logica:* dove

(36) F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile* (1926), I, rist., Padova 1986, p. 65. Penetranti notazioni circa il nesso fra teoria del negozio e sviluppo economico in F. Wieacker, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna* (1953), ora in *Diritto privato e società industriale,* trad. it. G. Liberati, Napoli, 1983, spec. pp. 12, 27, 64; e *Storia del diritto privato moderno,* II, trad. it., Milano, 1980, pp. 278 ss., 394 ss. Cfr. M. Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique,* in *Archives de phil. dr.,* Paris, 1957, pp. 94-95.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'una chiede di affermarne le radici subbiettive o sociali, insomma pregiuridiche, l'altra esige che il negozio s'inalvei nella tipicità e degradi nella serie omogenea delle fattispecie, perdendo o trasmutando l'originaria natura. Il conflitto tocca il grado più alto nelle pagine del Betti, percorse e dilacerate dallo scontro tra le due funzioni: riluttanti così a lasciare il negozio nell'essenza nativa come a dissolverlo nella rigorosa logica delle fattispecie.

9. Si notava poco di sopra che la funzione ideologica può dirsi ormai esaurita. Il negozio sopravvive come semplice *categoria storiografica*: strumento utile per ricostruire una fase della dottrina giuridica italiana (37). Volgendosi indietro, lo storico si trova dinanzi a dispute scientifiche e conflitti dottrinarî, che gli riuscirebbero muti ed oscuri se egli non impiegasse lo *strumento interpretativo* del negozio. Questo, al pari di altre categorie storiografiche (dall'economia curtense allo sviluppo industriale, dal moto delle codificazioni al parlamentarismo ottocentesco; e così via esemplificando), non esprime più un nucleo di interessi e di ideologie — gli uni soddisfatti o definitivamente delusi; tramontate le altre —, ma *serve a intendere il passato.* Si tratterà di scrivere una storia, non delle 'idee' di negozio, ma piuttosto dei concreti e ruvidi interessi, che vi si celavano dietro, e che, di tempo in tempo, hanno mostrato varietà di forme e di modi. L'interesse della borghesia agricola o della prima borghesia industriale è altro da quello degli imprenditori e dei tecnocrati del nostro morente millennio: invano si chiederebbe a costoro di schierarsi in difesa della natura psicologica o sociale del negozio, cioè di un'ideologia ormai incapace e inidonea a garantirne la protezione. Nè occorre che i singoli giuristi, nel loro disputare e contendere circa l'essenza del negozio, siano consapevoli di questo legame o *rapporto sovrastrutturale:* "le cose seguono il loro corso non ostante la buona o cattiva volontà di coloro attraverso i quali si compiono" (38). Le teorie del negozio sono, appunto, *attraversate* dal

(37) Veduta radicalmente diversa in G. Benedetti, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata,* in *Riv. dir. civ.,* 1990, pp. 574, 580, che propone il negozio giuridico come «*forma metastorica*», «essenza intellegibile sottratta al mutamento».

(38) J. G. Droysen, *Sommario di istorica,* trad. it. D. Cantimori, 2ª ed., Firenze

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

corso delle cose, e dal nuovo atteggiarsi e definirsi degli interessi. Sta allo storico di ricongiungerli e di spiegarli insieme.

L'orizzonte dell'uomo contemporaneo — o, come pur si direbbe, postmoderno — abbraccia altro e diverso problema: la *salvezza,* non già dell'interno volere o dell'autonomia sociale, ma *dell'esistenza fisica, della concreta e terrena singolarità.* Sono ormai a confronto l'irripetibile finitudine dell'individuo e la potenza tecnica delle imprese, le quali conquistano ed asservono, con oscura e planetaria tenacia, tutti i luoghi e le forze della natura. La *questione ecologica* — come questione del nostro vivere o sopravvivere — irrompe anche nei nostri studî, e domina il cuore ed il pensiero del giurista (39). La teoria del negozio giuridico — che tornò preziosa in difesa dell'individuo contro lo Stato — non può prestare alcun servigio nei disperanti problemi della società tecnologica. Gettando lo sguardo al passato — tra angosce e travagli, che furono estranei a Lui ed all'età sua —, riconosciamo nel pensiero di Emilio Betti l'estremo punto di tensione della dottrina del negozio: quel culmine, in cui il negozio da categoria tecnica si fa categoria storiografica. Alla luce di essa saremo in grado di ricostruire la vicenda del negozio, isolando due diverse *dialettiche:* l'una, tra *soggettività del volere* e *oggettività del segno dichiarativo,* si agita e svolge in modo indipendente dal raffronto con la legge (40); l'altra, tra *piano pregiuridico* (psicologico o sociale che si sia) *e piano giuridico,* investe il rapporto con la legge e lo Stato. Vedremo allora come a ciascun termine dei due *binomî* corrisponda una precisa fase storica ed un definito nucleo di interessi; e come la teoria bettiana segni — nel quadro di certo solidarismo o corporativismo — la mediazione più alta ed autorevole tra il piano sociale ed il piano giuridico.

Potremo così redigere un affascinante capitolo di storia scientifica, che, se da un lato si mostra estraneo ai problemi della società

1967, p. 52. Si veda, per spunti di storicizzazione del negozio, spec. F. Calasso, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 25, 43 ss..

(39) Vedi N. Irti, *La cultura del diritto civile,* nel volume del medesimo titolo, Torino, 1990, spec. pp. 51-55. Cfr., con genialità anticipatrice, M. Scheler, *L'avvenire del capitalismo* (1914), ora in *Lo spirito del capitalismo*, trad. it. R. Racinaro, Napoli, 1988, p. 105.

(40) Cfr. B. De Giovanni, *Fatto e valutazione* ecc., cit., p. 91. Vedi anche L. Ferri, *L'autonomia* Milano, 1959, p. 90, nota 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tecnologica, dall'altro lascia una cospicua eredità di finezza teorica e di talento classificatorio. Il singolo — come sopra si è avvertito — è ormai schierato in difesa di un bene originario e primordiale: della finita e fragile esistenza fisica, intorno a cui si avvolgono le minacce del potere tecnologico. Poco o nulla gli gioverebbe la teoria del negozio, con le sue ambiguità e tensioni interne: poco o nulla, poichè lo stesso Stato è come accerchiato e soverchiato da quell'immane potere. Allora è preferibile di rinchiudere il negozio in una pagina di storia, e prepararsi a costruire strumenti di difesa più moderni ed efficaci.

10. Ha insegnato il Betti (e consimile è l'opinione dei 'volontaristi') che l'autonomia privata si svolge ed esprime attraverso il negozio giuridico. L'autonomia *privata* è *autonomia negoziale*: le due figure (autonomia e negozio) — siccome derivanti dal medesimo principio di libertà — si stringono in modo indissolubile; la crisi o il declino dell'una è declino o crisi dell'altra.

È forse dato di sciogliere l'intreccio fra autonomia privata e negozio giuridico? Si può intanto osservare — come ha già avvertito il Rescigno ([41]) — che l'autonomia negoziale è una *species* dell'autonomia privata; e che il negozio è lo strumento adottato dai singoli in una fase dello sviluppo storico: epperò temporaneo e relativo. L'autonomia, come potere di dar regola ai proprî interessi, si differenzia dall'*eteronomia*, dove i nostri interessi si conformano a comandi esterni (di altri soggetti privati o di pubbliche autorità). Il negozio giuridico (inteso nel modo economico-sociale del Betti, o volontaristico dello Stolfi) non è *coessenziale* al significato teorico e pratico dell'autonomia. La stessa rubrica dell'art. 1322 cod. civ. parla di autonomia 'contrattuale', e non 'negoziale'.

La separazione tra negozio ed autonomia si coglie appieno sul terreno storico. In un ordinamento economico, non dominato dalle

---

([41]) P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, 3ª ed., Napoli, 1977, pp. 264 ss.; Id., voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, spec. pp. 10-14. L'inscindibile legame tra negozio giuridico ed autonomia privata si trova ora ribadito in G. B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 2ª ed., Rimini, 1989, spec. pp. 55 ss.; e G. Benedetti, *Negozio giuridico ecc.*, cit., pp. 575-576, 578, 581. Nel senso del testo sembrano utilizzabili gli spunti innovatori di R. Sacco, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto*, IV, sezione civile, I, Torino, 1987, pp. 517 ss., il quale delinea una dottrina dell'autonomia, non necessariamente connessa con la figura del negozio giurdico.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

grandi imprese e dalla produzione in massa, era bensì concepibile il negozio come originario rapporto di volontà o assetto d'interessi. Nel nostro tempo, l'autonomia risulta garantita, non già dall'esercizio di forze psicologiche o dalla spontanea composizione degli interessi, quanto dalla *disciplina del mercato*, e massime, dalla tutela della concorenza. La quale, impedendo concentrazioni di imprese, salvaguardia la pluralità delle aziende produttrici e la libera scelta dei consumatori (42). Avremo così autonomia dei privati — a costoro riservandosi la scelta di uno od altro tipo di merce —, ancorché non possa più discorrersi di negozio giuridico. I beni sono acquistati nei grandi magazzini, per prezzi non negoziabili, con un *automatismo collettivo*, nel quale si smarrisce ogni traccia di volontà individuale e di consapevole definizione di interessi (43).

La teoria del negozio giuridico presuppone la singola e concreta parte; mentre l'economia contemporanea conosce soltanto *anonimi ed astratti consumatori*. L'accordo si spersonalizza e massifica. La tutela dell'autonomia non può più trovarsi nel negozio giuridico, ma nella disciplina del mercato. Sostituendosi al rapporto tra singoli l'atto uniforme e rispettivo dei consumatori, il mercato diviene luogo dello scambio e criterio di misura dell'autonomia. Le regole pubbliche del mercato — dalla tutela della concorrenza al controllo dei beni offerti in vendita — proteggono e rinsaldando l'autonomia, cioè il potere di scelta dei privati.

Perveniamo così all'assoluta separatezza tra negozio giuridico ed autonomia privata. Che non si affida più a *forze extragiuridiche (d'indole sociale o psicologica), ma al regime legislativo del mercato. Essa si fa interna e solidale con l'ordinamento giuridico dell'economia. La parte del negozio assumendo l'astratta posizione di consumatore o di risparmiatore*, si spiega con le regole del mercato siano le regole stesse dell'autonomia privata. Soltanto in zone residuali — dei più

(42) Vedi la perspicua relazione di G. Oppo, *L'iniziativa economica*, in *La costituzione economica ecc.*, cit., spec. pp. 68-70, che indica nell'utilità sociale la concreta misura della libertà d'iniziativa economica. Sul rapporto tra contratto e concorrenza, vedi P. Stein, e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milano, 1981, pp. 335 ss.

(43) Il fenomeno trova fine analisi in G. Santini, *Commercio e servizi*. Due saggi di economia del diritto, Bologna, 1988: dove segnalerei spec. pp. 81 ss., 86-98, 278 (si parla di strumenti organizzativi che consentono «risparmi di attività contrattuale»), 305 ss. Da aggiungere E. Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1975.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cospicui e potenti interessi, o dello scambio più umile e quotidiano —, il privato (cessando di agire come membro di classi di consumatori) svolgerà concreti 'negoziati', ed eserciterà la vecchia autonomia.

La protezione dell'autonomia si sposta dal soggetto all'oggetto: dal singolo, che entra in rapporto con gli *altri*, al consumatore, che entra in rapporto con i *beni*. Regole pubbliche tutelano le scelte di una folla uniforme ed anonima: e vi provvedono, non già *individualizzando* l'atto dello scambio, ma *astrattizzandolo e massificandolo*. In luogo dell'altra 'parte', troveremo spesso apparati automatici, che *rispondono* all'introduzione della moneta con la consegna materiale dei beni. Così il mercato non risulta più dalla somma o dall'unità di atti particolari, ma si configura come razionale e preciso organismo, in cui si inserisce la scelta del singolo, rendendosi conforme ad innumerevoli altre. Questa, che — con un tragico scrittore del nostro tempo — diremo *omologazione delle scelte private*, sconfigge la singolarità della volontà o dell'esperienza economico-sociale; e rovescia i termini stessi dell'autonomia. La quale si delinea come «una variabile dipendente da garanzie pubbliche» (44): non avversa alla legge, ma costruita e tutelata da essa. (Dove il discorso, divagando dal tema, toccherebbe le modalità formative della legge, e il grado di partecipazione degli stessi futuri beneficiarî: appunto, i cittadini - consumatori).

Se esaurito è il significato storico del negozio, viva ed operosa è, invece, la funzione ideologica dell'autonomia privata. La quale — sciolta ormai dal vincolo con il negozio giuridico — reclama un *diritto del mercato*: leggi dello Stato, regolatrici severe della produzione e dello scambio di beni. È un altro lato del conflitto, già di sopra cennato, tra individuo e potenza tecnica delle imprese: dinanzi alle quali si erge l'autonomia del privato come *autonomia del consumatore*. Essa non batte alle porte della legge in nome di energie pre-giuridiche, ma chiede alla legge di regolare il mercato, e di offrirle così coerente ed efficace protezione. Questa mi sembra la strada, su cui ricostruire il significato, storico e giuridico, dell'autonomia privata.

---

(44) Adotto una stringente formula di L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *La costituzione economica ecc.*, cit.., pag. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Pio CARONI: *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung (Das Recht in Theorie und Praxis),* Verlag Helbing und Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main 1988, 195 S.

Caronis Ausgangspunkt ist die Beobachtung, daß Studienanfänger oft ratlos vor der rechtshistorischen Vorlesung stehen, die als Fach mit bloß dekorativer Aufgabe empfunden wird. Dem setzt Caroni die Erkenntnis entgegen, daß die scheinbar selbstverständliche Gegenwart erst durch Geschichte um ihre Selbstverständlichkeit gebracht werden muß, um ganz erkannt werden zu können. Diese Forderung erfüllt jedoch in den Augen von Caroni die bisher vorwiegend als Dogmengeschichte betriebene Geschichte des Privatrechts keineswegs. Es ist also so, daß die Studienanfänger nicht deswegen ratlos vor der Rechtsgeschichte stehen, weil sie nicht wissen, was man mit Geschichte anfangen kann, sondern weil das, was ihnen als Geschichte angeboten wird, den Anforderungen nicht genügt. Deswegen will Caroni keine neue Zielsetzung liefern, sondern eine «andere Geschichte», die ihre Ziele besser verwirklicht. Diese Geschichte fragt nicht nur nach der Entstehung oder der «Epiphanie» (S. 20) von «Ideen, Lehren, Begriffen» sondern primär «nach deren gesellschaftlicher Verwirklichung». Das ergibt für Caroni eine soziale Geschichte des Rechts, die eine Geschichte der rechtspolitischen Werte und Optionen der jeweils herrschenden Gruppe in der Gesellschaft ist, und die schließlich auch die «Tauglichkeit» einer Lehre zur Befriedigung gesamtgesellschaftlicher Anliegen (S. 57) erweist.

Mit der Feststellung, daß die Entstehung einer Kodifikation nicht die Folge des Sieges der Kodifikationsidee ist, sagt Caroni eigentlich nichts Neues. Die Vorstellung, daß die Rechtsgeschichte den Gang der Rechtsidee durch die Geschichte (Mitteis) schildert, ist überholt. Dagegen muß man nicht mehr zu Felde ziehen. Deswegen ist es fast störend, daß Caroni ständig seinen eigenen Weg durch methodische Zwischenbemerkungen rechtfertigt und sich damit — allerdings ohne Namen zu nennen — gegen auf herkömmliche Art «dogmengeschichtlich» vorgehende Rechtshistoriker wendet, die die Studenten nicht erreichen.

Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Rechtsgeschichte zu zeigen hat, unter welchen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen Rechtsnormen zustande kommen und wie sie auf ihr Umfeld einwirken. Gewisse Bedenken habe ich aber gegen den zweiten

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Teil von Caronis Programm, wonach sich bei der Bildung von rechtlichen Einrichtungen stets die Optionen der herrschenden Gruppe durchsetzen. Diese These hat in der Durchführung etwas Tautologisches an sich. Denn die Tatsache, daß eine Gruppe die stärkste war, belegt Caroni in der Regel nicht selbständig anhand von außerjuristischen Fakten, sondern erschließt es nur daraus, daß sich eben deren Idee oder Lehre durchgesetzt hat. Die dritte Frage schließlich, die nach der Tauglichkeit der Lehren, bleibt fast ganz unbeantwortet, weil Caroni die gesamtgesellschaftlichen Anliegen, an denen die Tauglichkeit zu messen wäre, nicht genügend deutlich artikuliert.

Man kann nicht bezweifeln, daß eine bestimmte Kodifikation nur in einer ganz bestimmten politischen Situation zustande kommen konnte und nicht, weil gerade ihre Idee eine «Epiphanie» hatte. Aber Caroni vermag nicht zu zeigen, daß und warum die Gruppe, die sich mit ihrem Kodifikationsplan durchsetzte, jeweils die herrschende war, und er legt auch nicht überzeugend dar, daß sich stets das Taugliche durchgesetzt hat. Wenn man jedoch die These von der Durchsetzung der herrschenden und tauglichen Lehren von ihren Übertreibungen befreit und das Ganze mehr als Frage versteht, eröffnet die Analyse von Caroni eine Serie von höchst interessanten Einblicken in die Sozialgeschichte der Kodifikation.

Caroni führt seine These am Beispiel der Geschichte der systematischen Kategorie des autonomen Privatrechts vor, die durch vier Kennzeichen konstituiert wird: Die einheitliche Geltung über das ganze Gebiet des Staates, die Fixierung in einer Kodifikation, sowie die Abtrennung des Privatrechts vom öffentlichen Recht und auch vom Handelsrecht. Das ergibt folgende Abschnitte des Buches: § 2 Der Kampf für Rechtseinheit im XIX. Jahrhundert, § 3 Zur Geschichte des Kodifikationsbegriffes, § 4 Vom preußischen Landrecht zur Dekodifikation, § 5 Öffentliches und Privatrecht — Eine grundsätzliche Dichotomie, § 6 Staat und Gesellschaft in der Schweiz des XIX. Jahrhunderts, § 7 Zivilrecht und Handelsrecht — Geschichte einer sekundären Dichotomie, § 8 Zivil- und Handelsrecht in der Schweiz des XIX. Jahrhunderts.

Damit wird im wesentlichen eine sehr vollständige und gut abgerundete Geschichte der «Privatrechtskategorie» vorgelegt. Da es nach meinem Eindruck dem Verfasser jedoch in erster Linie um den Modellcharakter seiner Sozialgeschichte des Rechts ging, müssen nicht alle Teile des Buches mit der gleichen Ausführlichkeit besprochen werden. Der Schwerpunkt liegt deswegen auf den ersten beiden Abschnitten, die nicht ganz das halten, was Caroni verspricht, und auf den beiden letzten Abschnitten, die Caronis Thesen sehr einleuchtend machen.

Erstens wird also nach den Gründen gefragt, warum das Recht jahrhundertelang zersplittert war und warum es später vereinheitlicht

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

worden ist. Das ergibt folgendes: Bis gegen Ende des vorigen Jahrhunderts hat die Mehrheit der Schweizer Bürger die Rechtszersplitterung nicht als Nachteil empfunden. Erst am Ende des Jahrhunderts wurde die Rechtseinheit zum Gebot der Stunde. Die Juristen waren geteilter Meinung. Die Konservativen unter ihnen waren gegen die Rechtseinheit, die Liberalen eher dafür. Caroni meint wohl mit Recht, daß die Geschichte der «Überwindung» — um diesen falschen Ausdruck ein letztes Mal zu verwenden — nicht geschrieben werden kann von jemandem, der Rechtszersplitterung für barbarisch und Rechtseinheit als fortschrittlich ansieht. Ob sich eine Gesellschaft für Rechtseinheit entschied oder nicht, dafür waren ihre Optionen maßgebend. Und denen will Caroni nachspüren. Dabei kommt er zu folgender Einsicht: Die Zersplitterung paßt eher zur vorindustriellen, naturwirtschaftlichen Gesellschaft, die Rechtseinheit zur industrialisierten, geldwirtschaftlichen Gesellschaft. Hier steht nach Caroni die Autarkie eines jeden Dorfes und Tales gegen die großen Wirtschaftsräume der Industriegesellschaft. Mit der Frage «Demokratie oder nicht» soll das nichts zu tun haben, auch nicht mit dem Sieg einer Idee oder gar mit dem Nationalstaat — oder der Straffung der Zentralgewalt — wie etwa Vereinheitlichungsbestrebungen der Zeit vor dem 19. Jahrhundert.

Diese Konzepte und Thesen belegt Caroni zunächst mit einer Schilderung der äußeren Geschichte der Vereinheitlichungspläne der Helvetik, der kantonalen Kodifikationen und der Vereinheitlichung auf Bundesebene. Dabei macht er höchst interessante Beobachtungen, daß etwa das in sich zwiespältige, bürgerlich-ständische ABGB in dem liberalen Luzern ganz anders wirkte als in dem patrizischen Bern, oder auch, daß die scheinbar die Zersplitterung konservierenden kantonalen Kodifikationen durchaus auch materielle Rechtseinheit erzielen konnten (etwa in der Frage der allgemeinen Rechtsfähigkeit) oder daß die Möglichkeit, Rechtseinheit durch Konkordate (Verträge zwischen den souveränen Kantonen) zu schaffen, schließlich der «Logik des Bundesstaates» nicht mehr entsprach.

Erst nach diesen Informationen folgen die Aspekte der sozialen Geschichte (S. 41). Das ist zunächst, daß der Weg logischerweise vom Wachsen der Wirtschaft über die Bundesverfassung (mit Zolleinheit, Niederlassungsfreiheit, Maß-, Münz- und Gewichtseinheit) notwendig zur Privatrechtseinheit führte, und zwar ganz schlicht zur formellen Einheit in einer Zeit, in der das Land durch die Eisenbahnen zusammenwuchs. Es ging aber auch um die Lösung neuer Fragen in Transport, Gesellschaftsrecht, Versicherung, Banken und Börsen. Die vollständige Einheit wurde dann veranlaßt durch praktische Gründe neuer Art, nämlich die Koexistenz von kantonalem Recht und Bundesrecht, sowie durch die Logik des Marktes, der zur tonangebenden gesellschaftlichen Einrichtung geworden war. Marktgerecht verhalten konnte man sich nur in einer einheitlichen Rechtsordnung, wie Caroni insbe-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sondere für die Grundpfandrechte, aber auch für das Erb-und Familienrecht zeigt.

Wenn das alles so ist, muß sich Caroni aber doch fragen, warum denn die Rechtsvereinheitlichung der Wirtschaftsentwicklung erst in so großem Abstande nachgefolgt ist (S. 47). Dazu führten folgende Momente: Da war einmal die Besorgnis der konservativen Kantone gegenüber dem Zentralismus der liberalen Bundesregierung. Dazu kam die Opposition der welschen Kantone, die die individualistische und liberale Struktur ihrer Zivilrechtsgesetzbücher gegenüber den genossenschaftlichen Gesetzbüchern der deutschen Kantone retten und ihre Beziehungen zur französischen Zivilistik nicht abbrechen wollten, die weiter gegen die Expansion der deutschschweizerischen Kantone nach Westen waren und letztlich auch etwas gegen die interventionistische eidgenössische Wirtschaftspolitik hatten.

Ganz leicht sind die Fäden für den Leser nicht zu entwirren. Teilweise sind die Kantone konservativ und die Zentralregierung in Bern liberal. Doch herrscht auch in der Zentrale der Kathedersozialismus und bedroht die liberalen welschen Kantone. Trotz geringerer Liberalität ist aber die Wirtschaftskraft der deutschschweizerischen Kantone größer und bedroht die welsche Schweiz, die sich jedoch bei der Verzögerung der Kodifikation behauptet. Trotzdem wird im Ergebnis deutlich, wer für oder gegen die Rechtsvereinheitlichung war und von welchen Gründen man sich leiten ließ. Aber das Urteil, daß sich stets die Optionen der jeweils herrschenden Gruppe durchgesetzt haben, wie Caroni meint, wird nicht belegt, weil Caroni nicht sagt, worauf die Herrschaft dieser Gruppen beruht haben soll.

Als nächste Aufgabe übernimmt Caroni eine systematische Definition des Begriffes Kodifikation. Dieser Begriff soll ihn in Lage versetzen, die soziale Geschichte dieses Begriffes zu schreiben. Damit wird die soziale Geschichte des Rechts mit einer neuen Aufgabe belastet. Sie soll zusätzlich Aufschluß darüber geben, ob eine bestimmte Lehre «Tauglichkeit zur Befriedigung gesamtgesellschaftlicher Anliegen» besitzt (S. 57). Damit ist die Darstellung aber fast überfordert, wie folgendes ergibt: Nach Caroni ist die Kodifikation im Gegensatz zum feudalen Recht zu sehen. Sie ist eine systematisch (1) geordnete Zusammenfassung (2) mehrer bereits bestehender Gesetze zu einem Gesetzbuch (3), das zur sachlichen (4) und territorialen (5) Vereinheitlichung der Rechtsstellung des Bürgers führt. Die einzelnen Elemente dieser Definition haben die Epochen einer Begriffsgeschichte beigesteuert. Erst in einem dritten Schritt wendet sich Caroni dann der Sozialgeschichte der Kodifikation zu. Diese bleibt aber im Grunde eine soziale Geistesgeschichte. Denn nicht die soziale Lage spielt die entscheidende Rolle, sondern die Argumente der Politiker und Juristen, die sich auf die soziale Lage beziehen — zu Recht oder zu Unrecht, bleibt ungeprüft.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

§ 4 stellt zunächst die großen Kodifikationen vor und geht dann zur Dekodifikation über. Daran ist in sozialgeschichtlicher Perspektive folgendes hervorzuheben: Das ALR war gekennzeichnet durch die Zielantinomie zwischen Absolutismus (Bewahrung des Adelsstaates) und Aufklärung (Freisetzung der Untertanen). Am Code civil fällt auf, daß seine große Verbreitung teils mit Waffengewalt herbeigeführt wurde (wohl die stärkste Form sozialgeschichtlicher Wirksamkeit) und teils seiner Flexibilität zu verdanken ist (was eher auf die Epiphanie von Rechtswerten hindeutet). Leider diskutiert Caroni diese Frage nicht aus. Das ABGB erscheint dann als Verwirklichung des Kantischen Naturrechts, und schließlich ist das schweizerische ZGB eine Kodifikation des sozialen Privatrechts. Da bleibt im Grunde wenig an Gemeinsamkeiten, was einer Dekodifikation, also einer Auflösung in Sondergesetze, als einheitlichem sozialen Phänomen Platz machen könnte.

Die Geschichte der Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht dient dem Nachweis des «konservierenden Dienstes», den diese Unterscheidung in der Geschichte geleistet hat. Sie hat im Ergebnis dazu geführt, daß das Privatrecht im 19. Jahrhundert darauf verzichtet hat, für die Verwirklichung materialer Gerechtigkeit zu sorgen. Um das wiedergutzumachen, will der Sozialismus auf «Privates» völlig verzichten. Das ist wirklich aufschlußreich im Sinne der These von Caroni.

Der nächste Paragraph gilt dann dem spezielleren Beispiel der Schweiz und zeigt Um- und Verformungen der eben erläuterten Dichotomie, die als Beispiel für die Umformungen vorgeführt werden, denen Dogmen und Theorien in praktischen Situationen stets unterworfen sind. Die praktische Situation in der Schweiz war dabei auch bestimmt durch die Demokratie. Auch das ist sehr erhellend.

Wirklich deutlich wird das sozialhistorische Anliegen von Caroni — und damit kommen wir zu den gelungenen Abschnitten — bei der Schilderung der «sekundären Dichotomie» zwischen Zivilrecht und Handelsrecht, deren historischer Relevanz Caroni nachgeht. Zu deren Verständnis trägt am ehesten Goldschmidts Urteil bei, daß das Handelsrecht gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht stets eine "bahnbrechende Reformstellung" eingenommen habe. Daraus ergibt sich die These, daß die jeweilige Gestaltung der Beziehung zwischen Zivilrecht und Handelsrecht nicht von der «angeblich dogmatischen Spezialität einer Materie, sondern von der jeweiligen Entwicklung der kapitalistischen Mentalität abhängig ist» (S. 161). Diese These belegt Caroni in überzeugender Weise an Hand der Entfaltung des Handelskapitalismus der italienischen Städte im Mittelalter, am Merkantilismus und am Industriekapitalismus des 19. Jahrhunderts.

Die mittelalterlichen Kaufleute bekamen den Rohstoffhandel und den Verkauf der Produkte in ihre Hände. So trennten sie die Hand-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

werker sowohl von ihrem Rohstoff als auch vom Produkt und gründeten damit eine «Klassenherrschaft», die es ihnen erlaubte, sich das geeignete Vertragsrecht zu schaffen, nämlich den formlosen Konsensualvertrag mit Inhaltsfreiheit. Das blieb aber spezielles Recht. Das heißt — in Anknüpfung an die These —, daß Lage und Mentalität der mittelalterlichen Kaufleute derart waren, daß sie isoliert in einer Gruppe blieben und ihr eigenes Recht hatten. Allerdings ist die Vokabel «Klassenherrschaft» dann doch wohl zu stark. Die Lage blieb auch in der Zeit des Merkantilismus die gleiche, weil sie vereinbar war mit dem Wegfall der Autonomie der Kaufleute und deren vollständiger Vereinnahmung für die Zwecke des Staates. Doch der totalen Handels- und Gewerbefreiheit des 19. Jahrhunderts entsprach eher ein objektiviertes Handelsrecht, bei dem es weniger um besondere inhaltliche Regeln als um die Zuständigkeit der Handelsgerichte ging.

Der dem Handelsrecht in der Schweiz gewidmete Paragraph rundet das Bild in höchst aufschlußreicher Weise ab, weil er es dem Autor gestattet, einen «Mikrokosmos» genauer zu untersuchen. So gilt das Schlußwort zum Problem von «Duplikation der Gesetzbücher» oder «code unique» in der Schweiz mit vollem Recht für die gesamte Untersuchung: «Es waren Antworten des praktischen Rechts auf die nach Zeit und Ort verschiedenen Bedürfnisse der wirtschaftlichen Gesellschaft. Ohne primäre Berücksichtigung der Wandlungen eben dieser Gesellschaft bleiben sie leere Formeln, deren autonome Geschichte so uninteressant und verzerrend aussehen wird, wie jene gelehrter Begriffe überhaupt» (S. 195).

KLAUS LUIG

James CASEY, *The History of the Family*, Oxford (Basil Blackwell) 1989, XIII + 212 pp.

La historia de la familia viene disfrutando de una notable atención durante los últimos años. No sólo se ha incrementado un cultivo y multiplicado unas cosechas; también se ha revalorizado un terreno y revisado unos procedimientos. Fructifican, además de los sudores de la propia historiografia, otros abonos, como el fertilizante de la antropologia. Es todo un florecimiento (mi reseña en el anterior *Quaderno*, 18, 1989, pp. 583-605). No es mal momento para un titulo de *History of The Family*. La colección a la que éste pertenece, *New Perspectives on the Past* dirigida por R.I. Moore, es serie de puesta a punto. No se trata de una historia general, sino de una reflexión procesal. El objeto es, definidamente, la familia; el método, resueltamente, la antropologìa. Y lo segundo afecta a lo primero. Es historia de interés que transciende a su materia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Moore presenta: «El don mayor y más antiguo de la antropologia a la historia es el de haber puesto de relieve que la familia constituye el elemento esencial de la estructura de las sociedades humanas, que sus formas de concepción son extremadamente variables y que estas variaciones presiden la vida tanto privada como social, politica y cultural» (p. X). El regalo es ciertamente viejo: ya fue valioso en los comienzos de la antropologia. Pero se habia desaprovechado. El obsequio recobra empuje. Aqui se le obedece. Estamos ante una revisión de la historia de la familia a una luz, más que historiográfica, efectivamente antropológica. Y es una consideración que pretende asi interesar, no sólo a una *histoire de la vie privée* o de otras cosas igualmente privadas como el derecho, sino a la historia sin más, en efecto a toda ella.

Casey responde. Asume una orientación antropológica que tangiblemente desborda el capitulo familiar de la historia europea o más latamente occidental. Subraya que no cabe conocer la sociedad señorial medieval y moderna sin la contemplación y el análisis de los vinculos domésticos y las costumbres familiares, tanto en sus componentes como en su composición, o también en su descomposición: «Al fin y al cabo, el colapso de la sociedad feudal no puede entenderse sin la transformación paralela del patrimonio, el casamiento y la sucesión» (p. 144). Apunta asi también que la misma revolución ulterior no se comprenderá sin este género de atenciones: «Las revoluciones gemelas del XVIII y el XIX, la politica y la industrial, responden desde luego a causas que desbordan este estudio, pero la contribución que puede aportar a su entendimiento el historiador de la familia no debe ser despreciada» (p. 160).

De un pasado a un presente, la exposición procede. Tras un capitulo metodológico inicial de colación de antropologia social y recuperación de sociologia histórica, se entra en materia: la casta, el clan y el linaje. Unas categorias sociales elaboradas para el conocimiento de culturas ajenas se aplican al pasado propio: una antropologia que se piensa pujante desplaza a una historia que se entiende agotada. El empeño se dirige a la integración de perspectivas, pero desde tales supuestos de esperanza y desesperanza inequitativamente repartidas entre unas disciplinas disociadas. Es un encuentro perpetrado por historiadores en el que a la historia ya de entrada le corresponde la parte perdedora.

Un grueso de capitulos centrales se dedican a la iluminación antropológica de politica familiar e intercambio matrimonial, juego de sentimientos y economia de hogar, llegándose finalmente al capitulo distintivo: *The rise of domesticity*, la emergencia de la privacidad que es esencial para el advenimineto de nuestro mundo. La institución familiar, como habia sido decisiva para la articulación de una sociedad histórica, lo será para este giro: «Nuestra familia moderna se ha fraguado esencialmente alrededor de conceptos de autonomia y disciplina que son creación de una civilización particular, artificio humano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

más que legado natural» (p. 147). Era el contraste que importaba, con la clave además precisa. La antropologia ajena ha ayudado a ubicar la historia propia. ¿Ayuda también a comprenderla? Abrigo mis reservas.

Si me atrevo a exteriorizar alguna insatisfacción y expresar algun reparo, no hará referencia al acuse de distinción. La cuestión antropológica de nuestra historia es en definitiva ésta. El capitulo final creo que merece computarse en la partida del haber. El debe provendria y el déficit resultaria de los apartados anteriores, del grueso del volumen. Aun con todos sus matices, que se cuidan, en esta *history of the family* se produce una verdadera transposición de un pretérito singular a los términos más indistintos de una atemporalidad concurrida. Si se gana distanciamiento del historiador para abordarse la diferencia de la historia, puede perderse capacidad para entendérsele en lo que todavia tiene de distinto, de una distinción que ha podido endógenamente conducir al referido capitulo último. La relación con el propio efecto final, que se nos decia revolucionario, sintomáticamente resulta un punto tan cardinal como oscuro. El problema sigue radicando en el salto entre antropologia ajena e historia prójima.

Esta concreta *nex perspective* no acaba de ser *on de past*, de este determinado pasado proprio. El don de la antropologia es por supuesto apreciable. Nos ha obsequiado con unas enseñanzas aquí aplicadas con provecho. Supo el antropólogo considerar sociedades de organización civil no politica y comunicación material no económica cuando el historiador se mostraba absolutamente incapaz de imaginar tales cosas por mucho que las tuviera también ante su vista. Estaba prejudicialmente incapacitado. Pero entre estos requerimientos negativos de inhabilitación de las categorias estatales y mercantiles y la propuesta positiva de entronización de las familiares hay un trecho. El mismo Casey lo reconoce. Ha hecho la salvedad. Esta historia no puede reducirse a dicha antropologia. ¿No invalida esto el propio método? ¿No habria que comenzar por construirse, y no sólo modularse, unas categorias históricas sobre las propias evidencias de la historia?

Metodológicamente aqui no se vacila. La conversión ha sido plena: como la historia europea anterior a unas revoluciones no podemos entenderla desde nuestras categorias, como existe una ciencia de estudio de las sociedades otras o distintas que es precisamente la antropologia, debemos recurrir a ésta olvidándonos de otras ocurrencias, incluso prácticamente de las producidas por el propio pasado. ¿No es olvidar demasiado? Dicho de otra forma, ¿tan inconsciente ha discurrido la historia propia como para precisar esta importación de choque de concepciones extemporáneas? Aun dicho de otro modo, ¿no existe una cultura histórica que, con su teologia y su jurisprudencia, cuenta con méritos para contribuir a la reconstrucción de la antropologia y la sociologia de su propia sociedad, no de otras? Aqui desde luego hay indicios (pp. 90-92 y 97),

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pero a la hora de la verdad sigue siempre pesando más el estudioso lejano que el testigo próximo. ¿No nos pierde aun el prejuicio?

El problema ya consiste en que tal posibilidad metodológica primera ni siquiera se concibe. Hasta este punto sigue situándose el historiador por encima de la historia, con el ejemplo ahora del antropólogo. Tal vez sea momento de adoptarse una modestia que no tiene por qué sentarle mal a esta especie de ciencias. Puede ser tiempo de una retirada que no tiene por qué ser irreflexiva. Christopher Durston presenta su *The Family in the English Revolution* (Basil Blackwell, 1989) haciendo uso de una referencia en negativo: «El propósito de este libro no es arribar a conclusión alguna genéricamente aplicable al conocimiento de la evolución institucional a largo plazo de la familia moderna», resultando asì «en su meta deliberadamente menos ambicioso que unos estudios precedentes» (pp. 8-9). Parece vaticinarse un reflujo. Puede que se avecine. ¿Qué dejará tras de si la marea? ¿Servirá la inundación para fertilizar el terreno?

James Casey es un hispanista y su ilustración histórica a menudo se produce con datos hispanos. La portada de la edición ligera y la camisa de la encuadernada a su modo también lo anuncian mediante una reproducción de *La familia del duque de Osuna* de Goya. No parece un grupo de primitivos. Pero el motivo no está mal seleccionado. Un conjunto familiar del advenimiento de la domesticidad miraba ayer entregado al pintor y mira hoy extraviado al lector. Entre lo uno y lo otro, entre la imagen y la inteligencia, se sitúa la historia. Mediamos los historiadores. Dejándonos anegar, sólo con esto, ¿no defraudamos una confianza y dilapidamos un arte?

BARTOLOMÉ CLAVERO

Ulrich FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz* (IUS COMMUNE *Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main. Sonderhefte. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 38*), Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989.

Sono certo parole note quelle con cui la sera di un fatidico 25 ottobre, «la voce piena intonata al più freddo disprezzo », Trotzkij replicò al suo vecchio amico Martov: «Siete dei miserabili falliti, il vostro ruolo è scaduto. Andate al posto che vi compete: nella spazzatura della storia». Ed è altrettanto certo ch'esse fossero «parole tristi e terribili, dette da un uomo che pochi anni più tardi sarà lui stesso costretto all'esilio; tristi e terribili nella loro incapacità di vedere che non sono sempre gli uomini peggiori o quelli politicamente meno «corretti» che vanno a

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

finire nella spazzatura della storia» (I. Howe). Ora, per solito, i giuristi appartengono alla categoria delle persone di mondo 'civilmente educate' ed aliene da estremismi eccessivi o dal lancio di anatemi più adeguati, appunto, ad un 'tribunale' un po' troppo sovrapositivo, quale quello «della storia»; del resto anche quest'ultima ha da lungo tempo dismesso presso di loro la sua funzione privilegiata: in breve potremmo quindi sostenere che in luogo della spazzatura della storia vi si configuri un limbo, una zona grigia della memoria, popolata di ombre e di 'movimenti' o scuole delle quali si va perdendo o si è persa ormai ogni precisa cognizione. Una schiera di immagini sfuocate. Ad una simile schiera rischiava ormai di appartenere anche la figura di Bernhard Windscheid. Non si può pertanto non salutare con soddisfazione la ripresa d'interesse attorno alla sua figura, ch'è rappresentata sia dalla dissertazione tubingense dallo stesso Falk preannunciata di imminente pubblicazione (Friedrich Klein, *B. Windscheid. Leben und Werk*), sia dall'interessante monografia in questione, che è a sua volta il frutto di una rielaborazione di una dissertazione condotta sotto la guida del Prof. Dieter Simon, attuale direttore del Max-Planck-Institut per la storia del diritto europeo, presso la facoltà giuridica dell'Università J.W. Goethe di Francoforte. Bisogna subito rilevare come tali lavori si inseriscano in un quadro, che data da alcuni anni, di ricerche 'mirate' non più — secondo l'impostazione tipica, diremmo, del periodo che va grosso modo dalla fine degli anni '50 (i saggi di Wilhelm del 1958 o di Wieacker del 1959, per non richiamare l'importante dissertazione di Peter von Oertzen del 1953, rimasta però dattiloscritta sino al 1974 e comunque utilizzabile concretamente nelle sue idee guida a partire dal saggio del 1962 apparso nella *Festschrift für Rudolf Smend*) a ben dentro gli anni '70 — non più, appunto, a tentare di ricostruire in modo ampiamente diacronico e sintetico, il 'senso' del movimento globale di interi archi storici, ma invece più 'modestamente' rivolte a restituire la complessità di singole figure anche illustri, ma spesso non 'centrali', in particolare della Pandettistica del secondo Ottocento: si pensi soltanto, a mo' di esempio e senza pretesa di esaustività, alle monografie di J. Rascher (*Die Rechtslehre des A. v. Brinz*) del 1975 e di Maximiliane Kriechbaum (*Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*) del 1984. Qualche interessante notazione sulla modificazione delle ottiche di ricerca — che tenesse ovviamente conto, altresì, del perdurare del classicissimo filone della *Dogmengeschichte* tradizionale — potrebbe essere ricavata dall'analisi del 'modo di produzione' dei lavori medesimi: non è discorso che si possa anche solo delibare in questa sede, e tuttavia andrà rilevata la fecondità, nel senso soprattutto dell'ampiezza e continuità della rete che è in tal modo possibile gettare su ampie zone e fenomeni della vita giuridica, del sistema tedesco delle dissertazioni che giungono facilmente alla veste di volume a stampa anche a prescindere da una loro immediata proiezione in sede di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

carriera accademica. Andrà inoltre registrato quel passaggio, cui sopra si accennava, da una prospettiva ancora capace di servirsi in modo positivo del concetto di totalità storica e di mantenere vivo il legame con impostazioni 'ideologiche' che oggi forse si criticherebbero come 'forti', ad un atteggiamento — sempre per utilizzare comode etichettature — di carattere quasi 'post-moderno', più frammentistico, meno interessato alle 'dichiarazioni' sul metodo e più alle concrete e settoriali sue applicazioni (più quindi al rapporto tra dottrine giuridiche e prassi giurisprudenziale): questo per segnalare che all'interno dello spostamento in atto verso un'ottica maggiormente 'scientistico-tecnologica' (un altro versante della quale, anche nell'ambito del lavoro complessivo del Max-Planck-Institut, è rappresentato dal rapido incremento delle applicazioni del metodo quantitativo mediante l'ausilio di computer) non va affatto perduta l'istanza di ricostruzione globale. Essa è infatti solo, per così dire, filologicamente 'rimandata' — eventualmente al momento di una più ampia disponibilità di tessere e frammenti del mosaico — ma chiaramente presente nell'istanza volta a fornire dei periodi storici analizzati mediante le figure individuali un'immagine alternativa rispetto a quella sviluppatasi nella prima fase cui si faceva cenno: per far uso di un paragone capace di esplicare meglio la questione, anche se preso a prestito da problematiche romanistiche, non è tanto il riferimento alle strutture dogmatiche quali espressioni di 'impersonali' forze storico-sociali quello che deve essere chiamato in causa, quanto l'utilizzabilità (là certo per figure di più difficile approccio dato lo stato delle fonti rimaste) della nozione di 'biografia intellettuale' del giurista.

La costruzione dell'opera è in questo senso assai originale e svolta con un metodo che potremmo battezzare da 'biopsia': dopo aver restituito a larghi tratti l'immagine tramandata di W., rappresentante al massimo grado, quasi simbolo dell'epoca della giurisprudenza 'concettuale' e del positivismo giuridico e legislativo («Jurisprudenz, das heisst Pandekten, Pandekten, das heisst Windscheid», secondo le parole di H. Siber), immagine che trova la sua — certo intelligentemente problematica — sublimazione storiografica negli studi wieackeriani, F. procede al reperimento degli sparsi segnali di una recente correzione dell'immagine (gli accenni, ad esempio, di W. Flume alle massime completamente «unpositivistischen» dell''autore' del BGB relative al rapporto tra giudice e diritto (p. 6), oppure, seppur in contesti che non si proponevano in prima istanza l'analisi del lavoro giuridico-dogmatico del nostro, i risultati raggiunti da J. Schröder, Jakobs e R. Ogorek, la cui *Fragestellung* sul tema delle teorie concernenti il ruolo del giudice nel 19° secolo nel saggio *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19° Jahrhundert*, Frankfurt, 1986, appare per più versi decisiva per il discorso dell'autore); non senza andare alla ricerca delle voci discordanti del passato, tra le quali spicca quella di Eugen Ehrlich, tale anzi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da suscitare la vivissima sorpresa del suo 'correligionario' nel movimento del diritto libero, quell'E. Fuchs, che non potette contentarsi di veder criticata nel medesimo capitolo della *Grundlegung der Soziologie des Rechts* la *Begriffsjurisprudenz* della Scuola Storica e lo stesso W. definito come «Begriffsmathematiker», al punto da quasi richiedere una 'giustificazione' scritta sulla questione, e soprattutto non senza analizzare la celebre lettera del 18 aprile 1865 di R.v. Jhering nella quale viene descritto il processo che lo sta portando al distacco dalle posizioni un tempo sostenute insieme con Gerber e alla lotta senza quartiere contro il formalismo della giurisprudenza concettuale d'impostazione puchtiana, una «Umwandlung, die mich Dir wissenschaftlich so nahe gebracht [hat]», e colui al quale la svolta lo portava così vicino dal punto di vista scientifico non era altri che il destinatario della missiva, ovvero — Bernhard Windscheid.

Non possiamo qui restituire certo tutte le sparse intuizioni con acribia raccolte da F. e delle quali il lavoro costituisce in ultima analisi la intelligente sistematizzazione ed approfondimento (segnaliamo ancora Oertmann che riteneva W. esponente di una vera e propria 'sinistra' della Scuola Storica e, tra gli autori recenti, l'affermazione di Tripp che colloca il nostro completamente nella linea di un Thibaut e di un Kirchmann) (p. 174-175): ma questa operazione sfocia appunto in quell'aspetto di originalità nella costruzione dell'indice e della struttura del volume di cui si diceva. Dopo aver tipologizzato le immagini critiche della *Begriffsjurisprudenz* (— riduzione dell'attività del giudice esclusivamente all'atto logico di sussunzione; — tendenziale rinuncia alla possibilità di una giustizia del caso concreto a causa del legame sistematico e ad un concetto di giustizia interno alla logica del sistema medesimo; — soppressione delle componenti riferibili ad un'etica materiale in un sistema dominato dal formalismo della volontà; — alienazione della scienza giuridica dalla sua base sociale, coerente oscuramento dei bisogni di regolamentazione scaturenti dalle problematiche economiche e del mercato, seppur in paradossale contrasto con la produzione normativa di una Pandettistica così «daseinabgewandte» in ultima analisi a quei processi anche troppo ben funzionale; p. 4), la via che si apre — per il tramite della figura di W. — allo scopo di rispondere in modo soddisfacente alla questione della reale «tecnica del diritto» della giurisprudenza dei concetti, è, ad avviso di F., *una sola* e lo stesso vale, reciprocamente, per un accesso soddisfacente al 'segreto' di Windscheid: una ricerca *di dettaglio*, che indaghi gli aspetti civilistici, i 'luoghi' civilistici nei quali, vista la loro rilevanza per la vita concreta del diritto, sia possibile ricostruire con attendibilità il 'messaggio' di W. ai giudici, le regole di comportamento implicite od esplicite ad essi indirizzate per mezzo del linguaggio dogmatico. Ed ecco che il volume si articola in una serie di 'biopsie', di ricognizioni sul campo (*Erkundungen*, come recita il sottotitolo), collegando *tranches* di storia dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dogmi: ad esempio il § 3 del cap. III relativo al *Kohlefall Jherings* — Giessener Spruchfakultät 1859 — tendente ad offrire una *Vorgeschichte* delle soluzioni in tema di interpretazione della lex 21 (Dig. 18.4.21) e di sua applicabilità al caso di doppia vendita con perimento della cosa con 'excursus' sulle *actiones bonae fidei* ed il ruolo del «freies richterliches Ermessen» nella dottrina windscheidiana; od ancora (cap. IV, pp. 77-110) rileggendo il celebre «Städelsche Erbfall», già magistralmente studiato da H. Kiefner sulle pagine di questi stessi Quaderni, alla luce della posizione del nostro in tema di fondazioni 'a causa di morte', laddove, passando per un 'excursus' sulla dottrina di W. relativa allo *ius singulare* e quindi alla conseguente formulazione del concetto chiave della sua teoria dell'interpretazione, la '*eigentliche* Gedanke des Gesetzes» — cosicché anche «l'idea non pensata (dal legislatore) è diritto» ed il compito privilegiato dell'interprete è quello di venire in aiuto al pensiero «*necessariamente* incompiuto» del legislatore (e poichè «al fondo tutto il nuovo diritto è diritto eccezionale», allora lo *ius singulare* nella sua visione congeda contemporaneamente sia il divieto civilistico dell'analogia che il suo *Sonderstatus*) —, si giunge a valutare innovativamente il ruolo dell'argomento politico nella discussione dogmatica del tempo e il ruolo di *outsider* giocato da Windscheid rispetto allo stessa dottrina dominante guidata da Savigny, ma in buona compagnia «politica» (fra l'altro di hegeliani, germanisti liberali e pandettisti atipici: Arndts, Bluntschli, Beseler, Randa, Brinz, Puchta, Kierulff, Gierke; mi si consenta del resto di osservare che lo stesso W. aveva individuato nella filosofia hegeliana e nei giuristi che ad essa si richiamavano una componente *positiva* del rinnovamento anche da lui auspicato della scienza giuridica, cfr. di chi scrive, *Systema iuris* II, Milano, 1985, p. 172 ss.).

Così come, mediante l'analisi delle varie posizioni 'pandettistiche' sulla *vexata quaestio* 'Bricht Kauf Miete?' (cap. V, p. 111 ss.) si giunge convincentemente a modificare l'immagine di W. quale *Formaljurist* preoccupato della 'stretta consequenzialità' logica dei suoi argomenti e soluzioni. Una confutazione che del resto allo stato sia pure di nebulosa sensazione giaceva già all'epoca nell'aria e aveva fatto rifiutare al settore dominante della dottrina e della giurisprudenza contemporanee (ma per l'ampiezza della recezione giurisprudenziale 'minoritaria' vedi p. 210 ss., come tutto il cap. VII, tra le più interessanti del volume) la sua prediletta dottrina della presupposizione, quella *Voraussetzungslehre* che ai più non appariva conciliabile con il valore intangibile della certezza del diritto. Risultati di estremo interesse sono anche quelli raggiunti valutando in concreto — al di là delle sue affermazioni di principio ancora nel 1874 e nel 1887 negative rispetto alla categoria per la sua «mera soggettività» (contro Adickes e Bähr, rispettivamente) — l'uso dell'ultimo concetto (giusnaturalistico?!) che ci si sarebbe potuti attendere impiegato dal nostro: quello di 'natura della cosa' e, ben si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

badi, fin dal 1847 nella monografia sull'invalidità dei negozi giuridici nel *Code Napoléon* e poi, con diverse funzioni, mai più abbandonato e quasi testardamente ripresentato anche nel manuale maggiore sino all'edizione del 1892.

In chiusura, oltre che consigliare la lettura di questo testo, «in dettaglio», a chi sia interessato anche 'isolatamente' alle singole posizioni dogmatiche di un autore che acquisisce comunque adesso una sua specifica *Sonderstellung*, e non più si profila come simbolo riassuntivo di un'intera epoca della scienza giuridica, facendo leva sullo sforzo windscheidiano di «assicurare al giudice quella così indispensabile libertà di movimento» (p. 222) e sull'affermazione di F., che direttamente ne consegue, e che tende infine realmente a vederlo come un effettivo precursore della *Freirechtsschule*, potremmo forse affermare ch'esso ci propone allora — anche contrariamente alla impostazione metodologica 'minimalista' che l'autore fa sua nell'avanzare in sordina questa sorprendente 'ridefinizione' del ruolo del nostro — un problema che oltre che 'epocale' potrebbe ancora rivelarsi in parte 'attuale'. Formuliamo rapidamente e un po' provocatoriamente: che la (ormai *cosiddetta*) Pandettistica e il (forse presto anch'esso 'cosìdadirsi') movimento per il diritto libero siano due facce dello stesso fenomeno? E che l'archeologia del nostro passato innervi ancora (e penso anche a certe discussioni in tema di leggi speciali) o, peggio (?), superi in modernità le dispute della nostra storia attuale?

PAOLO CAPPELLINI

Erk Volkmar HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft, 1880-1914 (Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Sonderhefte, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 44), Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann) 1989.*

Ein keines Buch, doch in Wahrheit eine großartige Studie. Hier zeigt sich wiederum, daß rechtshistorische als sozialwissenschaftliche Untersuchungen durchaus der gewagten Gedankenführung entbehren können und nicht auf rhetorische Brillanz angewiesen sind: Wissenschaftliche Anerkennung ist davon unabhängig. Offensichtlich spricht nichts dagegen, aus Gründen der Arbeitsteilung auf die eine oder andere Erkenntnis abzuzielen, ohne ständig um Einzelheiten oder gleich um den Gesamtzusammenhang im Sinne teoriegeleiteter Fragestellungen besorgt zu sein. Ist aber der Rechtshistoriker erst einmal mit diesen epistemologischen Prämissen vertraut, hat er sie zumindest vorübergehend gebilligt, ist der Weg auch für die hiesige Lektüre frei. Im Hinblick auf andersartige Sozialisationen und in deren Gefolge auf

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eine vergleichsweise narrative Historik liegt aller Erfahrung nach genau dort die größte Schwierigkeit, sich entgegen einer derart schon immer vorgebenen Disposition trotzdem darauf einzustellen.

Um so mehr profitiert man von diesem Moment ab auch von Heyens Quantifizierungstechniken als einem von vielen möglichen Anwendungsfällen eines heutzutage nicht mehr wegzudenkenden Arbeitsinstrumentariums, angewandt in diesem Fall auf die verwaltungsrechtlichen Periodika des Deutschen Reichs und Frankreichs zur Zeit der Jahrhundertwende. In der Tat werden so Vermessungsraster für die ansonsten eher qualitativ, geistesgeschichtlich oder ideologisch einseitige Erkundung von juristischer Wissenschaftsgeschichte geliefert. Auch Heyens Wort von der Topographie trifft zu, wobei freilich nicht nur Detailanalysen vorbereitet werden (p. 151). Darüber hinaus rücken theoretische Aussagen auf der Grundlage etwa von Feldanalysen, bei denen es erklärungshalber insbesondere um soziale Marktmechanismen ginge, ins Zentrum des Interesses. Nun wird auch verständlich, warum schon die Wahl des zu analysierenden Objekts — sicherlich weitaus stärker, als Heyen selbst dies auszusprechen wagt (p. 16) — denselben methodischen Gesetzmäßigkeiten unterfällt. Autopsien der verwaltungsrechtlichen Zeitschriften sind nicht nur Ergänzung. Für Zeiten mit derartigen Kommunikationstechnologien haben sie statt dessen den Ausgangspunkt bei jeglichen Inhaltsanalysen zu bilden, soll versucht werden, die systematische, spezifisch rechtskulturelle Durchdringung der staatlichen Mechanik historisch zu begreifen.

Weil vom Rechtshistoriker immer noch eine Vielzahl von Barrieren zu nehmen sind, bevor er sich Untersuchungen von der Art, wie Heyen sie vorlegt, mit Gewinn für die eigene Arbeit nähern kann, sei nur an einen Parallelfall erinnert, um aus dem Vergleich heraus das eigentliche, da methodologische Problem zu benennen und Abhilfe anzudeuten. Gedacht ist an eine der bedeutendsten rechtsgeschichtlichen Neuerscheinungen der achtziger Jahre überhaupt, an António Manuel Hespanhas profunde Analyse der Verstaatlichung der portugiesischen Gesellschaft des 17. Jahrhunderts (1). Nicht allein, daß diese Studie eine mathematische Einführung von dritter Seite verlangte, um den rechtshistorischen Experten nahe gelegt zu werden (2). Vielmehr ist zu akzeptieren, daß aller statistische und kartographische Aufwand über hunderte von Seiten hinweg letztlich nicht mehr als Hypothesen zeitigt. Diese sind freilich schärfer formuliert als so mancher leicht lesbarer

(1) António Manuel HESPANHA, *As vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político. Portugal. Séc. XVII*, t. I-II, Lisboa 1986.

(2) Maximilian HERBERGER, *Regression für Rechtshistoriker*, in: *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983) 156-171: gedacht als Erklärung für den im selben Band auf den Seiten 142 bis 156 abgedruckten, das zuvor genannte Werk in wesentlichen Passagen vorausnehmenden Artikel von Hespanha «L'identification d'aires juridico-culturelles à l'aide de l'analyse statistique de la corrélation. Un rapport de recherche».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

oder gesucht durchgeistigter Text, von den großen Vereinfachungen gar nicht zu reden. Vor allem erweisen sie sich bei näherem Zusehen als nachkontrollierbar, ganz wie es in der Natur namentlich von Regressionsrechnungen liegt, bei denen ausgeprägte Abhängigkeiten bestenfalls für eine hohe Verantwortlichkeit von kausalen Momenten sprechen. Ein Beispiel für andere mag die immer nur vorläufige Aufklärung über lokale Nachfrage nach Justiz in ihrer Dependenz zu weder demographischen noch ökonomischen Faktoren sein. Damit wird geradezu exemplarisch, weil wissenschaftlich, die Aufmerksamkeit auf eine räumliche Interdependenz zu Zonen mehr oder weniger traditionell verhafteter Kultur gelenkt.

Der räumliche und zeitliche Abstand sollte nicht darüber hinwegtäuschen: Heyens vorrangige Frage nach der Interferenz von wissenschaftlich aufretendem Rechtsdenken, von lebensgeschichtlichen und strukturalen Vorgaben, ist hiervon soweit nicht entfernt. Daß er sich in diesem Zusammenhang teils einer inadäquaten, wohl überholten Terminologie bedient, wenn er von einer notwendigen Verbreiterung der Quellengrundlage spricht (p. 16), fällt so gesehen kaum ins Gewicht. Im Kern wird vom Ansatz her deutlich, inwieweit bei ihm ein weiteres Mal die zentrale Stellung von öffentlicher Verwaltung in modernen politischen Systemen mit der Einsicht korrespondiert: Die unabdingbare Historisierung juristischer Wissensproduktionen hat zuallererst auf die Erforschung ihrer materiellen Basis, die Erkundung von Informationswegen, auf Mediengeschichte abzustellen. Im Zeitalter unaufhörlich erneuerten und periodisch verbreiteten Wissens muß dann der Blick konsequenterweise auf einschlägige Zeitschriften fallen. Wie üblich auf die großen Monographien abzuheben, hieße demgegenüber, die Beobachtung von vornherein einzuengen und sich der Chance zu berauben, durchschnittliche, eben symptomatische Verfahren aufzuklären.

Abgesehen vom Untersuchungsgegenstand drängen sich unter diesen Prämissen auch quantifizierende Techniken auf, benimmt man sich doch ansonsten jeder Möglichkeit, der Masse der Daten Herr zu werden. Und wie damit instrumentell die Vorentscheidungen gefallen sind, so auch inhaltlich, wo die interne Entwicklung einer Wissenschaft vom Verwaltungsrecht mit staatlichen und gesellschaftlichen Veränderungen zu korrelieren sind. Heyen versteht es auf diese Weise, ohne daß dies ausdrücklich zur Sprache kommt, wissenschaftsgeschichtliche Fragestellungen an rechtstheoretische Einsichten der jüngsten Zeit anzukoppeln. Denn soviel dürfte ebenfalls feststehen: In dem Maß, wie alles darauf hindeutet, daß postmodernes Recht als hochinterferent zu charakterisieren, von einer «contextual legality» zu sprechen ist (3), obliegt

(3) Boaventura de SOUSA SANTOS, *Towards a Postmodern Understanding of Law*,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

es rechtshistorischer Grundlagenforschung, diese Einsicht sofort geschichtlich zu relativieren. Das gilt insbesondere für öffentlichrechtliche Konzepte. Im Vergleich zu privatrechtlichen Abstraktionen lassen sie stets den Konnex zu außerrechtlichen Diskursen durchscheinen. Es ist dann aber wenig erstaunlich, daß bei ihnen anscheinend gerade heutzutage die vorgeblich soliden Strukturen am wenigsten den Blick dafür trüben konnten, in welch hohem Ausmaß scheinbar ephemere Ereignisse den Ausschlag für objektiv erforderliche Absprachen im Vorfeld eigentlich normativer Arbeit abgeben.

Mit Recht geht Heyen deshalb von Verwaltungsrechtswissenschaft als «Ausschnitt eines kognitiven und sozialen Netzwerks staats-und rechtswissenschaftlicher Kommunikation» aus (p. 7). Gemeint ist eine Szene faktischer Meinungsbildung, weshalb sich eine wissenschaftssoziologische Ausgangsposition gleichsam von selbst anbietet, um neben den rechtstheoretischen Aspekten auch soziale Normierungen, beispielsweise Karriereinteressen, zu veranschlagen. Lesenswert sind allein schon die Auseinandersetzungen mit den gegenwärtig führenden, vorzüglich soziologisch aufgeschlossenen Rechtstheorien bzw. juristisch offenen Soziologien, von denen sich Heyen Hilfestellung bei seinem Unternehmen erwartet. Vornehmlich werden hier autopoietische Ansätze zwischen Luhmann und Teubner einerseits und der Bourdieuschen Kultursoziologie spezifischer gesellschaftlicher Felder auf der anderen Seite geprüft. Abgesehen von gewissen Differenzen zu dem einen oder anderen Modell sieht sich Heyen letzten Endes darin nur bestätigt: Die historisch-empirische Erforschung der Verwaltungsrechtswissenschaft wird von einer doppelten Entscheidung vorbestimmt. Primär ist das «universitär geprägte Einheitspostulat» dieser Disziplin zugunsten der Annahme weitaus stärker interferierender, räumlich oder institutionell divergierender sozialer Systeme aufzugeben; um anderen muß verstärkt auf die der wissenschaftlichen Kommunikation zugrundeliegende Handlungsebene abgehoben werden (p. 8-16). Auch wenn konzeptuell die Akzente leicht versetzt werden könnten, so bleibt doch im Grund — wie bereits aus dem vorher Gesagten unschwer zu folgern ist — an der zentralen Entscheidung nichts auszusetzen.

Ganz im Gegenteil: Indem die Wahl auf die verwaltungsrechtlichen Fachzeitschriften fällt, also ein typisches «Medium systemischer Interferenz» (Heyen) in den Mittelpunkt gestellt wird, bewährt sich sogleich die strategische Grundentscheidung, wird doch damit zwangsläufig auch der Bereich der außeruniversitären Wissensproduzenten einbezogen und somit jede einschlägige konzeptuelle Arbeit der historischen Erkenntnis wegen relationiert. Wenn man obendrein bedenkt,

---

in: André-Jean ARNAUD (ed.), *Legal Culture and Everyday Life* (Oñati Proceedings 1), Oñati 1989, p. 113 ss. (118-119).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

daß alles periodische Schrifttum von Anfang an und in ganz besonderer Weise mit den Organisationsformen von Öffentlichkeit befaßt war, sich der neuen Erfahrungswissenschaft gegenüber aufgeschlossen zeigte und von der Natur der Sache her auf die Akkumulation von Wissen ausgelegt wurde, ist diese Entscheidung gleich mehrfach richtig. Heyen verweist auf diese Zusammenhänge unter Berufung auf Lorenz von Stein, für den das staatswissenschaftliche Zeitschriftenwesen und die Reichsverwaltung funktionale Äquivalente darstellten (p. 18). Infolgedessen ist alles darauf angelegt, die Welt der angepeilten Produzenten über die Herausgeberstäbe, Mitarbeiterverzeichnisse und Verlagskorrespondenzen zu erschließen. In der gleichen Weise versprechen die Aufsätze der bedeutendsten Zeitschriften — von Heyen zur einzigen Quelle seiner Analyse erklärt, eine durchaus anfechtbare, dafür aber überprüfbare, mithin wissenschaftlich zugängliche Entscheidung — einen besonders guten Maßstab abzugeben für thematische und methodologische Konjunkturen, vereinfachend gesagt: für wissenschaftlichen Fortschritt. Und was für die Erstellung von Herkunfts-, Methoden- und Themenprofile gilt, trifft auch zu für die vergleichende Analyse. Hier verhindert die Einbeziehung des französischen Beispiels, deutsche Besonderheiten überzubewerten wie strukturelle Indikatoren, die dieses nationale Exempel offeriert, zu übersehen.

Es gehört unbestreitbar zu den Vorzügen dieser Arbeit, daß bis in die letzten Schlußfolgerungen hinein, die aus den statistisch aufbereiteten Daten gezogen werden, nie der Überblick verloren zu gehen droht. Die äußere Anordnung, der zufolge auf die Auswertung des «Archivs für öffentliches Recht» in einem zweiten Kapitel eine Analyse der Fachzeitschriften des Deutschen Reichs und im Anschluß hieran eine komparatistische Untersuchung der Verwaltungsrechtswissenschaft in den entsprechenden Zeitschriften Frankreichs folgt, findet ihr Gegenstück in einer geradezu vorbildlichen internen Organisation der Forschungsergebnisse im Einzelfall. Keineswegs monoton, dafür jedoch mit bestechender Klarheit, wird jeweils zunächst der Zeitschriftenmarkt in seiner geschichtlichen Konfiguration präsentiert. Danach greift man im Anschluß an eine Definition der Deskriptoren die erwähnten Profile der Verwaltungwissenschaft anhand repräsentativer Periodika statistisch ab, um sie — wo möglich — kartographisch zu verdeutlichen. Im reichsdeutschen und französischen Fall schließt Heyen mit einer zusätzlichen wechselseitigen Korrelierung der zuvor ermittelten Profile, was die wissenschaftssoziologische und rechtstheoretische Aussagekraft der bisherigen Ergebnisse überzeugend erhöht. Daß gerade bei der letztgenannten Kreuztabellierung bivariater Häufigkeitsverteilungen ein klärendes Wort zu den Berechnungsmethoden und der Auflistung der Resultate vonnöten gewesen wäre, ist insoweit nur ein Schönheitsfehler.

Was das « Archiv für öffentliches Recht» anbelangt, konnte auf

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

eine Vorpublikation zurückgegriffen werden — eine von den vielen Veröffentlichungen, die Heyen im Verlauf der letzten Jahre zur neueren und neuesten Geschichte des Verwaltungswissens vorlegte und die in seinem mutigen Unternehmen gipfelt, seit 1989 ein «Jahrbuch für die europäische Verwaltungsgeschichte» in Zusammenarbeit mit einem international besetzten Herausgebergremium und Beirat zu publizieren. Bemerkenswert an den Ausführungen zum «Archiv für öffentliches Recht», das ab 1885 erschien, ist zunächst die Tatsache, daß hier wie andernorts anläßlich der Erörterung des Redaktionsalltags immer wieder typische Kennzeichen von Wissenschaftsvermarktung angesprochen werden. Konsequenzen für ein übergreifendes, marktorientiertes Erkärungsmodell werden daraus allerdings nicht gezogen. Dies sei einerseits am Rande verzeichnet, deswegen aber andererseits — wie eingangs angemerkt — nicht moniert, da sozialwissenschaftliche Analysen durchaus partiell verfahren dürfen, solange dies nur zu erkennen gegeben wird. So geht es neben wissenschaftlichen Stellungnahmen um die Abrundung des Verlagsprogramms, sollen des Prestiges und Absatzes wegen namhafte Vertreter des Faches hinzugezogen werden, ist man auf das Meinungsmonopol aus, sucht zumindest die gegnerische Zeitschrift zu schwächen oder ist um die ständige Beobachtung des Konkurrenten bemüht (p. 24-29). Aber nicht nur, daß sich ähnliche Beobachtungen auch für das Deutsche Reich und Frankreich machen ließen (cf. z.B. p. 74). Aller Wahrscheinlichkeit nach handelt es sich um strukturelle Erscheinungen. Dafür spricht obendrein, daß dem Rezensenten vom spanischen juristischen Medienmarkt des 19. Jahrhunderts gleichartige Phänomene bekannt sind. Denn bei dieser Untersuchung wurde ausdrücklich darauf geachtet, daß neben dem Habitus der juristischen Klientel objektive, feldpezifische Zwänge ein entsprechendes Verhalten nahe legten, um im Kreis der juristischen Meinungsmacher bestehen zu können und darüber seine berufliche, letztendlich seine soziale Position zu behaupten (4).

Von den Ergebnissen zum «Archiv für öffentliches Recht» sei überdies notiert, inwieweit ein Redaktionswechsel mit einer deutlichen Verlagerung des räumlichen Rekrutierungsfeldes einherging und sich der Mitarbeiterstab institutionell gesehen zu einem guten Drittel aus Universitätslehrern zusammensetzte, freilich diese Quote im Lauf der Jahre drastisch zurückging, und zwar in dem Maß, wie man sich inhaltlich auf das öffentliche Recht konzentrierte (p. 30-33, 40). Der lokale Einzugsbereich wurde eindeutig von Berlin und Straßburg dominiert (p. 38). Für überindividuelle Vorgaben spricht, daß bezüglich der Methodik, die vorzüglich an der Aufarbeitung des geltenden Rechts interessiert war, Wechsel in der Redaktion nicht zum Tragen kamen (p.

(4) Johannes-Michael SCHOLZ, *Kommunikation und Verteilung. Juristische Medienpolitik im spanischen 19. Jahrhundert*, in *Ius Commune* 17 (1990) 137-186.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

43-44). Desweiteren gelingt es, anhand der aufbereiteten Daten auf einen Umstand von allgemeiner Tragweite für die historische Rekonstruktion von rechtswissenschaftlichen Evolutionen hinzudeuten, ein allenthalben beobachtbares Phänomen, das in der Form von plausiblen Hypothesen künftige Einzelinterpretationen auf diesem Gebiet anzuleiten verspricht: Man hat von Konjunkturen auszugehen, bei denen Zeiten der positivrechtlichen Ausrichtung von Rehistorisierungsversuchen unterbrochen wurden (p. 45). Kaum erstaunlich, daß Heyen für das Verhältnis von juristischer zu staatswissenschaftlicher Methode ganz auf dieser Linie eine Sicht der Dinge anrät, die die bisherige Meinung, wonach bereits im kaiserlichen Deutschland die juristische Methode obsiegt habe, in Zweifel zieht. Diesbezüglich konfrontiert er die Auswertung des bisherigen Quellenkanons der Lehrbücher und Monographien mit gegenteiligen Schlüssen auf einer ab jetzt viel breiteren Grundlage (47).

Da wie gesagt zu den Vorteilen dieser Studie zählt, daß man sie geradezu als Nachschlagewerk für bestimmte Fragen benutzen kann, sei auch hier strikt der Heyenschen Gliederung gefolgt, also von der quantitativen Analyse einer einzelnen deutschen Fachzeitschrift der Verwaltungsrechtswissenschaft zur Gesamtheit solcher Periodika im Deutschen Reich übergeleitet. Dabei beeindruckt zuerst, wie quasi nebenbei die bibliographische Ausgangslage gegenüber dem bisherigen Forschungsstand verbessert und mit Hilfe einer groben Typisierung in ökonomisch-sozialwissenschaftliche, rechtswissenschaftliche und regionale Zeitschriften der Überblick gefördert wird (p. 55-71). Ansonsten bleibt es grundsätzlich bei den zuvor definierten Deskriptoren. Das erleichtert die Lektüre, ermöglicht die Integrierung der zuvor erarbeiteten wie noch zu präsentierenden Resultate und erlaubt erst den internationalen Vergleich — ein Lehrstück moderner rechtshistorischer Komparatistik. Für die repräsentativ auf die Jahre 1880, 1890, 1900 und 1910 gezogenen Stichproben zeigt sich im nationalen Querschnitt zuallererst die tendenziell wachsende Bedeutung der Reichshauptstadt, verkörpert namentlich durch Hirths Annalen (p. 77-78). Noch interessanter ist das institutionelle Herkunftsprofil. Dort ist eine beträchtliche Gewichtsverschiebung zugunsten der außeruniversitären Verwaltungsjuristen festzustellen, wobei für die regionalen Zeitschriften ohnehin davon auszugehen ist, daß diese stets fest in der Hand der Praktiker waren (p. 80-82). Aufs engste ist damit verknüpft, daß — wenn auch nicht einheitlich für alle Periodika — historische Erwägungen an Platz verlieren und dogmatische, positivrechtliche Abhandlungen zunehmen, parellel zu der Entwicklung, die juristische Konzeptualisierung gegenüber staatswissenschaftlicher Doktrin die Oberhand gewinnen sieht (p. 82-86).

Wer Heyen vorwerfen würde, er habe sich im Gegensatz zu Pierre Cam und Alain Supiot bei der juristischen Zeitschriftenanalyse noch

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nicht der multivariaten Faktorenanalyse bedient, um wie beide am Ende alle Variablen zu korrelieren und so etwa Kontinuitüaten zwischen inhaltlichem Arrangement und sozialen Oppositionen festzustellen (5), übersieht zweierlei. Einmal,daß — wie nun schon öfters betont — sozialwissenschaftliche Analysen Teilaspekte und entsprechende Hypothesen isolieren können, wozu nicht unbedingt über die deskriptive Statistik hinausgegangen werden muß. Und zum zweiten ist mitunter der allgemeinen Diskussion mehr genützt, wenn angesichts der ansonsten juristisch geprägten, und deshalb bis zum heutigen Tag zutiefst hermeneutisch eingefärbten Wissenschaftshistorik vom Verwaltungsrecht der zweite nicht vor dem ersten Schritt gemacht wird, die eigenen Ergebnisse — um es anders zu sagen — für Dritte operationalisierbar bleiben. Offenbar besteht die Kunst darin, beispielsweise Methoden der schließenden Statistik als Fernziel nicht aus dem Blick zu verlieren, ansonsten aber Augenmaß zu bewahren, damit nicht von vornherein auf jegliche Akzeptanz verzichtet wird. Untechnisch gesprochen geht es darum, bislang für unverrückbar erachtete Einsichten so in Frage zu stellen, daß die Forschung bereit ist, erneut in eine Auseinandersetzung um das wahrscheinlichste Erklärungsmodell einzutreten, eine Diskussion, die dann möglicherweise über die bisherigen Paradigmen hinausführt. Heyen verfährt auch insoweit vorbildlich.

Bezüglich des Deutschen Reichs heißt dies unter anderem, daß aus einer weiteren Korrelierung von Methoden- und geographischen Profilen ersichtlich wird, wieweit die juristische im Gegensatz zur staatswissenschaftlichen Methode örtlich stark divergiert (p. 98). Außerdem erweist sich bei der institutionellen Differenzierung des Methodenprofils, mit welch unterschiedlichen Werten doch zu rechnen ist, sobald auf die Universität, das Gerichtswesen oder die Verwaltung abgehoben wird. Sind bei der Professorenschaft die Zahlen für den dogmatischen, den historischen und den politischen Ansatz regelmäßig gestaffelt, so räumen im Vergleich dazu die Richter der positivrechtlichen Perspektive einen deutlicheren Anteil ein, treten bei ihnen geschichtliche und politische Elemente weit zurück (p. 98). Freie Berufe vernachlässigen offensichtlich das geschichtliche Argument, während sie dem Politischen höchste Bedeutung beimessen (S. 100). In welchem Ausmaß zukünftige Studien angeregt werden, zeigt sich in diesem Fall etwa dort, wo Heyen zum Schluß kommt, daß der institutionelle Hintergrund über die Methodik hinaus für die Thematisierung von ausschlaggebendem Gewicht war und der akademische Sektor anscheinend die Ausformulierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu seiner Aufgabe, aber eben auch Domäne machte, genauso, wie dies etwa von der Richterschaft für den Verwaltungsrechtsschutz und auf seiten der

(5) Pierre CAM/Alain SUPIOT, *Les revues françaises de droit du travail*, in: André-Jean ARNAUD (ed.), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano 1988, p. 59-86.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Verwaltungsbeamten hinsichtlich der Finanzen, dem Sozialrecht und dem Verwaltungsverfahren geschah (S. 102). Bezieht man noch die Korrelierung von Methoden und Themen ein, veranschlagt man also, wie der Wandel bei ersterem einen Wechsel der Thematik zur Folge hatte (p. 108), drängt sich zum Beispiel für eine darüber hinaus gehende, streng soziologisch-historische Analyse auf, gezielt und von Beginn an nach der Relation von wissenschaftlicher Ausdifferenzierung und sozialer Behauptung durch szientifische Abgrenzung der Einflußonen, mithin nach wissenschaftlicher Monopolisierung und ihren gesellschaftlichen Effekten zu fragen.

Das länderübergreifende, ausgesprochen komparatistisch angelegte Kapitel zu den entsprechenden und in etwa zeitgleichen französischen Fachzeitschriften vermittelt neben ersten Informationen zur Zeitschriftenlandschaft (p. 115 ss.) aufgrund einer Auswertung von 352 Aufsätzen zahlreiche Hinweise, die die Strukturen der anvisierten Profile noch einsichtiger machen. So wird für Frankreich, wie zu erwarten, aber bislang in diesem Bereich nicht nachgewiesen, die Vorherrschaft von Pariser Autoren bestätigt (p. 121-122). Während die Diskrepanz zur Provinz im bundesstaatlichen Deutschland geringer ausfiel, sind in Bezug auf die institutionelle Rekrutierung die Verhältnisse in beiden Fällen fast analog, da nur die Verwaltung ihre Vormachtstellung geringfügig auszubauen vermochte. Das hängt nach Heyen unter anderem damit zusammen, daß die Verwaltungspraktiker im Deutschen Reich auf die regionalen Zeitschriften ausweichen konnten und dies auch zur Genüge taten (p. 124). Methodische Ähnlichkeiten lassen sich ebenfalls nicht leugnen: Angelpunkt ist hier wie dort das positive Recht, nur ist verblüffenderweise der historische Anteil in Frankreich größer (p. 126). Auch kommt nun bei Heyen ein weiteres Charakteristikum zum Vorschein, was von der Forschung bislang sträflich übersehen wurde: In beiden Ländern nimmt thematisch das Sozialrecht einen hervorragenden Platz ein (S. 126-128), womit sich zugleich der Sinn derartiger Analysen wieder einmal bestätigt haben dürfte.

Die tabellarische Korrelation der französischen Einzelprofile bekräftigt zunächst die wissenschaftsgeschichtlich zentrale Ausbildung von Allgemeinem Verwaltungsrecht in seiner gruppenspezifischen Anbindung an das Universitätsmilieu. Vergleichbares gilt für die Paare Richter/Verwaltungsrechtsschutz und Verwaltungsbeamtenschaft/Finanz- und Sozialrecht. Als nationale Besonderheit wird für Frankreich vermerkt, daß sich sogar die Professoren für die judikative Seite interessierten (p. 129-130), womit Heyen implizit und zu Recht davor warnt, vorschnell auf europäische Gemeinsamkeiten zu schließen. Zutreffend auch, wie er die erwähnte Aussage zum Verhältnis von positivem Recht und historischem Ansatz nunmehr speziell für die Universität nochmals präzisiert. In Erinnerung an unterschiedliche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

wissenschaftliche Traditionen, für die einerseits an die Historische Schule und auf der anderen Seite an die "Ecole de l'exégèse" zu denken ist, gelingt es überzeugend, auf die Unterschiede bei den akademisch verankerten Autoren hinzuweisen: Die deutschen Universitäts- professoren erweisen sich auch auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtswissenschaft als viel stärker historisch engagiert, dafür aber auch zukunftsorientierter, als ihr französisches Pendant, das der positivrechtlichen Dogmatik relativ näher steht (S. 131-137). Es braucht wohl nicht besonders betont zu werden, daß sich gerade hier Detailuntersuchungen aufdrängen.

Auch wenn etwa aus der Sicht des Rezensenten letzte Fragen wie diejenige nach der sozialen Logik von wachsender kommunikativer Kompetenz und gesellschaftlicher Umverteilung für den deutschen und französischen Wissenschaftssektor des juristischen Feldes und der dabei immer wichtiger werdenden Kommunikation mittels professionell betriebener Zeitschriften noch zu stellen bleiben: Heyens Analyse ist zugegebenermaßen auch dafür nicht hinwegzudenken, ganz zu schweigen von den üblichen Verortungen einzelner Protagonisten der Verwaltungsrechtswissenschaft oder europaweiten Untersuchungen zur Geschichte des öffentlichen Rechts. Wie selten zuvor wird bei ihm mit der herkömmlichen Disziplingeschichte gebrochen, werden der Rechtshistorie neue Wege aufgezeigt. Das geschieht gleichermaßen durch die reflektierte Wahl des zu analysierenden Objekts wie im Hinblick auf das eingesetzte Instrumentarium und die bis ins rhetorische Detail hinein geplante Gesamtkonzeption, der gemäß keine Behauptung des Beweises entbehren darf, sich demnach jede Schlußfolgerung als durch und durch schlüssig zu erweisen hat. Da die bisherigen Forschungsergebnisse stets mitgedacht werden, sind logischerweise aller nachfolgenden Grundlagenforschung zahlreiche Fragestellungen aufgegeben — und dies weit über den engeren Rahmen der Verwaltungsrechtswissenschaft hinaus.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

Dietrich, Nelle, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello. Ein Beitrag zum lateinamerikanischen Zivilrecht* (Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1988), 304 págs.

En los reinos y provincias americanos de la corona española, a fines de la primera década del siglo XIX comenzaron los movimientos orientados a obtener una cierta autonomia respecto de la metrópoli, cuya causa desencadenante inmediata fue la invasión napoleónica a la península; a poco andar se transformaron aquéllos en francamente separatistas e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

independentistas; hacia mediados de los años 20, con escasas excepciones, las antiguas Indias Occidentales se habían disgregado en varios estados soberanos, por regla general organizados como república, con la breve excepción de México. La independencia, pues, implicó para esas naciones un cambio político no sólo en el orden internacional significado precisamente por la adquisición de la soberania, sino también en el orden interno manifestado en el tránsito del antiguo régimen al constitucionalismo moderno de tipo republicano y presidencialista. La escisión en el orden del derecho público no tuvo un paralelo en el del derecho privado, procesal y penal. En esos ámbitos no hubo solución de continuidad con el derecho de la época hispánica, que entonces mantuvo su vigencia con posterioridad a la independencia. El texto fundamental era el código de las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio (S. XIII), con las modificaciones provenientes de la legislación regia de la época moderna: la *Recopilación de Leyes de Castilla* (Nueva Recopilación) emitida por Felipe II en 1567 y la *Novísima Recopilación de Leyes de España* dada por Carlos IV en 1805; también debe agregarse la legislación especial para Indias formulada en España, y que en 1680 había sido compilada por Carlos II bajo el nombre de *Recopilación de las Leyes de las Indias.* Las tres recopilaciones, empero, no regulaban orgánicamente el derecho privado, ni el procesal o penal sino en puntos concretos y precisos; el grueso de sus normas, por lo demás, concernía al derecho que podríamos denominar administrativo en su más amplia comprensión, y al laboral en parte de la recopilación de Indias. Las *Siete Partidas,* como es sabido, eran un código de derecho común, y fué entonces el principal vehículo de penetración de ese derecho en América, conjuntamente con la enseñanza del derecho romano y del canónico en las universidades que desde el siglo XVI comenzaron a surgir en las principales ciudades de Indias. Tal fue en consecuencia el derecho con que los nuevos estados soberanos que sucedieron a la antigua monarquía castellano-indiana se encontraron al momento de su formación, y que debieron conservar y reafirmar como condición ineludible de la vida civil de sus habitantes.

Sin embargo, del mismo modo que estos estados habían terminado por sucumbir al atractivo del moderno constitucionalismo, también la fascinación del movimiento por la codificación del derecho privado, del procesal y del penal surtió muy pronto su efecto; resultó natural que juristas, políticos e intelectuales en general pusieron sus ojos en el prestigioso resultado de ese movimiento en Francia: *les cinq codes.* Así, por ejemplo, en 1822, Bernardo 0'Higgins, el Libertador de Chile, proponía que se los tradujese al castellano y se los promulgara como códigos nacionales. En Chile este plan no fue llevado a efecto, pero en otros países, al menos el *Code Civil,* traducido y con mayores o menores modificaciones, fue adoptado como código propio: así entre 1827 y 1829 en el estado mejicano de 0axaca, en 1831 en Bolivia y en 1841 en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Costa Rica. El primer código autónomo fué el del Perú promulgado en 1852, cuyo proyecto inicial data de 1847. Pero la reacción contra la idea de sustituir el antiguo derecho romano-castellano-indiano por el derecho francés provino del mismo Chile, hacia el primer tercio de los años 30. El movimiento emancipador había comenzado en este país en 1810 y la independencia fué finalmente proclamada en 1818, como consecuencia de una larga guerra civil entre realistas y patriotas. Después de un breve período de ensayos y fracasos, en 1830 se instauró el régimen constitucional, que ha permanecido hasta nuestros días con sucesión regular de presidentes de la república y solo interrumpido por pocos meses en 1891, por algunos años entre 1925 y 1932 y en 1973 hasta 1980, año en que se aprobó una nueva constitución y se institucionalizó el gobierno militar, también regularmente sucedido en 1990. Fue en los primeros años del régimen constitucional, hacia 1833 o 1834, que Andrés Bello, un intelectual venezolano de primera categoría, avecindado en Chile desde casi un lustro antes, comenzó a redactar los primeros proyectos de un nuevo código civil; su labor se extendió durante más de veinte años, pues en 1855 fue finalmente aquél promulgado, enseguida de sucesivas redacciones y revisiones; aún hoy se encuentra en vigencia. Ese código fue adoptado como cuerpo y con escasas modificaciones, sucesivamente en los distintos estados de la confederación colombiana entre 1857 y 1865 hasta que en 1876 fue declarado como legislación general de toda Colombia; en el Panamá independiente de aquélla rigió hasta 1917. En 1859 fue El Salvador quien adoptó para sí el código chileno; y lo propio hizo el Ecuador en 1861. En 1863 fue introducido en Venezuela, aunque por pocos meses paradojalmente. En 1871 y en 1880 Nicaragua y Honduras respectivamente, acogieron asimismo el código de Bello. Aparte de estas adopciones *in toto*, aquél tuvo influencia relevante en el código del Uruguay de 1869; también influyó en el de la Argentina de 1871, otro de los cuerpos legales de este género importantes, y en el código del Brasil de 1917, que también posee un sitial relevante en la historia de la codificación hispano-luso-americana. De esta manera, pues, el código chileno ocupó en Iberoamérica un lugar parecido al alcanzado en Europa por el código de Napoleón.

¿Cuál fue la clave de este enorme éxito? El código chileno conservó en buena medida el antiguo derecho romano-castellano-indiano bajo la técnica moderna de la codificación. Ahora bien, aquel derecho había sido el propio de todos los países que en su momento estuvieron ligados entre si por la corona castellana, como una suerte de derecho común; él había penetrado muy profundamente en los hábitos y costumbres de los usuarios del derecho, y, en consecuencia, un código que lo recogiera no podía resultarles un cuerpo extraño a sus tradiciones. Pero como no se trataba de una mera recopilación del antiguo derecho, sino de su reelaboración de acuerdo con los cánones técnicos e ideológicos del

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

moderno movimiento codificador, al mismo tiempo el nuevo texto legal satisfacía las apetencias de reforma sentidas por las élites intelectuales de cada país; de este modo, no fue extraño que en varios países, como vimos, sus juristas hubieran renunciado a componer códigos propios y optado por escoger el chileno, que satisfacía plenamente sus tradiciones y aspiraciones.

El elemento modernizador proveniente del movimiento por la codificación estuvo sin duda máximamente representado por el código de Napoleón, que en ese sentido fue el principal modelo; pero Bello se aprovechó también de todos los códigos hasta entonces existentes: el prusiano, el austríaco, el holandés, el sardo, el de La Luisiana, entre los principales; tambien de la primera doctrina de los comentadores del código francés; por ello en muchos aspectos Bello mejoró a este último y lo superó. Además, como el codificador estaba dotado con altas dotes literarias e intelectuales, su obra también resultó ser un texto que a la precisión, concisión y claridad en sus formulas, unió la belleza y armonía en el lenguaje.

Al estudio de este código viene dedicado el libro de Nelle que ahora reseñamos. Pero de inmediato debe ponerse de manifiesto tres características generales del libro en relación con su tema. Primeramente, que no se tata de un examen limitado exclusivamente al código chileno, pues lo estudia en el contexto del movimiento por la codificación europeo y américano, sentido en el cual trata de indagar el lugar que le corresponde en la historia de la codificación. Segundo, que, no obstante lo anterior, el examen es conducido en permanente comparación con el código francés especialmente. Y tercero, que además hay una comparación detallada entre las normas de ambos códigos concernientes al derecho de compraventa y, por ende, un estudio histórico-dogmático. A estas perspectivas agrega el autor un intento por establecer una suerte de teoría general de las técnicas codificadoras, por así decirlo, no limitada por tanto ni al código chileno ni al francés, pues se amplía a todos los códigos del siglo XIX y aún del presente.

Como podrá apreciarse, se trata de una obra de gran respiro. Aparte el prólogo, el índice de abreviaturas y la bibliografía (amplia y completa), el libro se abre con una Einleitung en que el Autor expone los límites a que quiso circunscribir su investigación en cuanto al objeto, a la época y a la forma (es decir, a los textos legislativos y no a su literatura ni a la praxis judicial). Un primer capítulo está dedicado a fijar el panorama histórico de la moderna codificación: en Europa en general, en España y en Francia en particular, y en América; y a exponer las grandes líneas de la historia del código chileno como la biografía de su autor.

Un capítulo segundo está consagrado a las estructuras legislativas, (gesetzgeberische Gestaltung), a saber: los aspectos formales de la articulación de las materias contenidas en los códigos (división en

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libros, títulos, capítulos, artículos, etc.), numeración de cada miembro, rubricación, elementos tipográficos; los aspectos materiales de dicha articulación, o sea, la sistemática de la íntegra materia jurídica; enseguida, la sistemática particular del derecho de compraventa; luego la amplitud y profundidad de la reglamentación legislativa de los temas, en especial, del derecho de compraventa; y finalmente, las especialidades de lenguaje y de medios técnicos de expresión legislativa (definiciones, ejemplos, uso de palabras técnicas, etc.).

El método de forma y fondo empleado por el autor en todos los casos es similar: una introducción, en donde se explica el tema, una exposición histórica y una valoración crítica, por lo que respecta a la primera. Una comparación entre el código frances y el chileno y una exposición de los demás códigos contemporáneos y de los cuerpos jurídicos españoles, por lo que al fondo respecta. Como podrá apreciarse, se trata de una visión histórico-comparativa por lo que a diferentes aspectos de la idea de código se refiere, muy original e ilustrativa, por lo demás.

Un capítulo tercero contiene lo que el autor denomina microcomparación: ahí intenta aquél comparar el derecho de compraventa del código francés con el del código chileno, no ya en relación con las estructuras legislativas, sino con sus pormenores materiales o sustanciales, en suma dogmáticos. Para ello, siguiendo un método constante de exposición (introducción, desarrollo histórico, valoración crítica y resumen) el autor analiza tema por tema de los tratados en cada código sobre la materia de la compraventa (concepto, prohibiciones o limitaciones de vender, requisitos, obligaciones de cada parte, pactos accesorios, etc. etc.).

El capítulo cuarto se llama macrocomparación: coincidencias y diferencias entre el código chileno y el francés, tendencias ideológicas y sociales que influyeron en el primero, novedades introducidas por él, influencias en otras codificaciones posteriores y de otras codificaciones posteriores en los diversos países americanos.

Se cierra el libro con un comentario final de conjunto; con ocho apéndices utilísimos, consistentes en diversas tablas históricas y estadístico-históricas de diferentes aspectos de los códigos: una tabla de los principales cuerpos legislativos desde la antigüedad hasta hoy, otra de las principales características formales de cada cuerpo, otra de sus sistemáticas particulares, otra de las influencias recíprocas, etc. etc. y finalmente, con un índice de palabras notables.

En esta obra, en realidad, hay varios libros en uno solo; además, el contenido excede al tema anunciado por su título. Desde luego tenemos una exposición histórica de la codificación; una suerte de teoría general de las codificaciones con base histórica; una comparación general y particular entre el código civil chileno y el francés; un estudio histórico de la codificación en Latinoamérica. El nervio del examen está consti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tuido ciertamente por los códigos francés y chileno, pero ya se ve que a partir de ahí el autor se remonta a otras materias con amplias perspectivas.

Hay que remarcar la seriedad y minuciosidad de los análisis y la originalidad de los planteamientos. En líneas generales, la tesis última del autor es la correcta: el código chileno no fue una copia del francés y representó un progreso en la legislación de su época. Quizá se eche de menos un énfasis más pronunciado para poner de manifiesto la parte del derecho español que fue recogida por el código chileno -que es muy amplia- bajo técnica moderna (francesa).

Debo terminar declarando que este libro no sólo es útil para el interesado en la codificación chilena o latinoamericana en general, sino para el historiador del derecho interesado en la codificación en si misma y de cualquier país, lo mismo que para el comparatista.

ALEJANDRO GUZMÁN B.

Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, hrsg. von *Fritz Loos*, Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 1987 (= Göttinger Universitätsschriften, Serie A: Schriften, Band 6). 568 S., 22 Abbildungen.

Der Band ist anläßlich des 250jährigen Jubiläums der Universität Göttingen im Zusammenhang mit einer Ringvorlesung der Juristischen Fakultät entstanden. Er stellt eine Gemeinschaftsarbeit von 25 Autoren, fast alle Mitglieder der derzeitigen Göttinger Juristenfakultät, dar und enthält 20 Beiträge zu einzelnen Göttinger Juristen, vier Aufsätze zur Entwicklung einzelner Fächer in Göttingen und einen Bericht über die hundertjährige Geschichte des Göttinger Juristischen Seminars (von HARRY EBERSBACH, S. 548-564). Die Ordnung ist chronologisch; der folgende Bericht versucht aber eine systematische Übersicht, um einen besseren Eindruck von der Gesamtkonzeption zu geben.

Sieht man zunächst auf das Privatrecht, so fehlt hier die Entstehungsphase der Pandektistik, an der Göttingen durch Gustav Hugo (nur als Rechtsphilosoph gewürdigt) und Georg Arnold Heise (gar nicht behandelt) maßgebend beteiligt war. Der Band setzt insoweit erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts ein, als die Pandektistik ihren ersten Höhepunkt schon erreicht hat und durch Jhering erstmals grundsätzlich in Frage gestellt wird. Der Beitrag von OKKO BEHRENDS über Jhering (S. 229-269) gehört allerdings zu den anspruchsvollsten des Bandes und verdiente eine selbständige Rezension. Behrends möchte Jherings Wendung von der «Begriffs-» zur «Zweckjurisprudenz» gegenüber der heute, wie er meint, überwiegend kritischen Beurteilung rechtfertigen und zugleich die Kontinuität in Jherings Werk nachwei-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sen. Nach Behrends hat Jhering die historische Rechtsschule nur weiterentwickelt, ihn trennt weniger von dieser als von der Interessen- und Freirechtsjurisprudenz. Vor allem halte auch der späte Jhering an Begriff und Konstruktion fest; nur trete an die Stelle seines früheren «Prinzipienpositivismus» die Einsicht, daß das Prinzip nicht im positiven Recht, sondern «in den kritischen Instanzen Rechtsgefühl und Rechtszweck» existiert (S. 254). Dabei ist m.E. nicht recht klar, was man sich unter einem «Prinzipienpositivismus» vorstellen soll. Wenn es sich darum handelt, daß man aus dem positivierten Recht kraft seiner angenommenen inneren Einheit und Vernunft Prinzipien entnimmt, die in ihm nicht ausdrücklich enthalten sind, dann ist das keine positivistische, sondern eine idealistische Haltung. Und diese wird doch wohl aufgegeben, wenn das Prinzip als solches nicht mehr im positiven Recht verborgen, sondern nur noch Ausdruck wechselnder Zwecke sein soll. Inwieweit dann das positive Recht durch «Konstruktion» noch aus sich selbst heraus ergänzt werden darf, ist doch eben die Frage. — Mit dem Übergang von der Pandektistik in die Dogmatik des BGB beschäftigen sich zwei weitere Beiträge. MICHAEL COESTER zeigt in seinem Beitrag über Gottlieb Planck, den Redaktor des BGB-Familienrechts und Generalreferenten der 2. BGB-Kommission (S. 299-315), daß das heute so überholt erscheinende Familienrecht des BGB vor dem Hintergrund des älteren Rechts durchaus fortschrittliche Züge trägt, nämlich in dem zwar patriarchalischen, aber im Grunde frauenfreundlichen Ehegüterrecht und im Übergang von der väterlichen zur elterlichen Gewalt. UWE DIEDERICHSEN schreibt über die wichtige Figur Paul Oertmanns (S. 385-412), des Entdeckers der berühmten «Geschäftsgrundlage». Im weiteren Sinne lassen sich dem Privatrecht noch zurechnen die Studien von UWE BLAUROCK über Victor Ehrenberg, den «Vater der Versicherungswissenschaft» (S. 316-335) und HANS-MARTIN MÜLLER-LAUBE über Julius v. Gierke (S. 471-485), den Handels-und Versicherungsrechtler. Allerdings ist damit das Handelsrecht in Göttingen, das ja gerade im frühen und mittleren 19. Jahrhundert in Göttingen durch Georg Friedrich v. Martens (nur als Völkerrechtler behandelt) und Heinrich Thöl (fehlt ganz) herausragend vertreten war, nur unvollständig erfaßt. Randgebiete des Privatrechts sind schließlich noch exemplarisch behandelt in den Beiträgen von FRANZ GAMILLSCHEG über den Rechtshistoriker und Privatrechtsvergleicher Ernst Rabel (S. 456-470) und von WOLFRAM HENCKEL über Justus Claproth (S. 100-122). Henckel gibt hier eine lehrreiche Einführung in das dem modernen Juristen fremd gewordene Konkursrecht des späten 18. Jahrhunderts.

Ein kompletteres Bild der Entwicklung bieten die Beiträge zum Strafrecht. Sie beginnen mit einem Überblick von FRIEDRICH SCHAFFSTEIN «Anfänge der Strafrechtswissenschaft in Göttingen» (S. 11-31). In der Sache geht es dabei um den Durchbruch des aufklärerischen

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Strafrechtsdenkens, der in Göttingen weniger den strafrechtlichen Fachvertretern, wie Vater und Sohn Meister, als den Außenseitern Justus Claproth und J.D. Michaelis zu verdanken ist. Für die folgende restaurative Phase des Strafrechts steht der vielleicht etwas unterschätzte Anton Bauer, dessen Einfluß auf das Hannoversche Kriminalgesetzbuch von 1840 RENE BLOY behandelt (S. 190-208). Spätes 19. und frühes 20. Jahrhundert sind durch Carl Ludwig v. Bar (MANFRED MAIWALD, S. 270-288) und Robert v. Hippel (DIETER DÖLLING, S. 413-434) repräsentiert. Allerdings sind deren Würdigungen, die der «Aktualität» im Denken v. Bars und v. Hippels nachspüren und sich mit ihnen wie mit Zeitgenossen auseinandersetzen, mehr von dogmatischem als von historischem Interesse bestimmt; ähnliches gilt für den Aufsatz von ERWIN DEUTSCH über «Arztrechtler in Göttingen» (S. 289-298: v. Bar, Rabel und Eberhard Schmidt). Den Abschluß bildet FRITZ LOOS'Aufsatz über Hans Welzel (S. 486-509), den Entdecker der «finalen Handlungslehre» und einflußreichen Naturrechtshistoriker (und —theoretiker) der frühen Nachkriegszeit. Auch ihm gegenüber, den Loos in der «Nachfolge» von Pufendorf und Kant(!) sieht, wäre m.E. etwas mehr historische Distanz erfrischend.

Das Staats- und Verwaltungsrecht in Göttingen hatte seinen ersten Gipfelpunkt schon im 18. Jahrhundert mit Johann Stephan Pütter. CHRISTOPH LINK (S. 75-99) schildert differenzierend die liberalen und die konservativ-ständestaatlichen Züge im Werk Pütters und kommt gegenüber der voreiligen gelegentlichen Inanspruchnahme Pütters für einen bürgerlichen Liberalismus zu dem Ergebnis, daß Pütter ein «Mann zwischen den Zeiten» war, dessen antiegalitäre Neigung zum Ständestaat nicht übersehen werden darf. Die nächste Entwicklungsstufe der Staatsrechtstheorie, die Lehre der konstitutionellen Monarchie, war in Göttingen durch Karl Friedrich Eichhorn, Wilhelm Eduard Albrecht und Heinrich Albert Zachariä besonders stark vertreten. Behandelt ist nur Zachariä (S. 209-228); der Beitrag von CHRISTIAN STARCK ist bemerkenswert durch seine nüchterne Sympathie für den Porträtierten und durch das Bekenntnis, daß Staatsrechtslehrer nicht «Geschichte machen», sondern «im Auf und Ab des Interessenkampfes dem Recht zum Siege» verhelfen sollen (S. 228). Für den Übergang vom Konstitutionalismus zum Staatsrecht der parlamentarischen Demokratie steht sodann Julius Hatschek (ANDREAS SATTLER, S. 365-384), für das Staatsrecht der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland Rudolf Smend und Gerhard Leibholz. AXEL V. CAMPENHAUSEN (Smend, S. 510-527) und HANS H. KLEIN (Leibholz, S. 528-547) führen am Beispiel dieser beiden großen Repräsentanten des modernen Staatsrechts die antipositivistische Entwicklung der deutschen Staatsrechtslehre nach 1919 ausdrücklich vor Augen. — Die noch junge Geschichte des Verwaltungsrechts ist, anders als die des Staatsrechts, sinnvollerweise nicht in Personenartikel aufgespalten, sondern von VOLKMAR

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

GÖTZ zusammenfassend behandelt (S. 336-364). Dabei wird in der Abfolge der Namen Mejer, Frensdorff, Schoen, Hatschek, Köttgen und Werner Weber der positivistische Ursprung des modernen Verwaltungsrechts und die spätere Wendung zu einer umfassenderen Verwaltungswissenschaft gut deutlich. — Im Überblick dargestellt sind schließlich auch die Anfänge der Völkerrechtswissenschaft in Göttingen im Übergang vom Naturrecht zum positiven Völkerrecht durch GOTTFRIED ZIEGER (S. 32-74); dem bedeutendsten Göttinger Völkerrechtler dieser Zeit, Georg Friedrich Martens, ist auch noch ein selbständiger Beitrag (DIETRICH RAUSCHNING, S. 123-145) gewidmet.

Läßt sich sagen, daß der Band die dogmatisch-juristischen Fächer in den wichtigsten oder wenigstens in einigen maßgebenden Repräsentanten erfaßt, so trifft dies auf die Grundlagenfächer nicht immer zu. So wünschte man sich etwas mehr über die Rechtsgeschichte zu lesen, die ja in Göttingen immer intensiv gepflegt worden und für den Göttinger «Geist» jedenfalls des 18. Jh.s geradezu prägend gewesen ist. Es findet sich aber nur über Karl Friedrich Eichhorn ein Aufsatz (KARL MICHAELIS, S. 166-189), der zudem mehr allgemeine Reflexionen über Geschichtsbilder und über die historische Schule als über seinen eigentlichen Gegenstand enthält. Man vermißt aus dem germanistisch-historischen Bereich Justus Friedrich Runde und Senckenberg, dann vor allem Jacob Grimm und Wilhelm Eduard Albrecht (zwei der «Göttinger Sieben»!), aus der späteren Zeit Rudolph Sohm und einen Hinweis auf die Bedeutung von Smends Monographie über das Reichskammergericht. Für die antike und römische Rechtsgeschichte wird die Bedeutung Hugos nicht gewürdigt; und wenn Ernst Rabel als Göttinger Romanist behandelt ist (GAMILLSCHEG, S. 460) wäre vielleicht auch an Wolfgang Kunkel, Josef Partsch und Fritz Schulz zu denken gewesen.

Auch im Bereich Naturrecht und Rechtsphilosophie könnte man sich noch einige Namen hinzudenken, wie etwa Gottfried Achenwall, aber auch den Göttinger Privatdozenten Karl Christian Friedrich Krause. Immerhin ist der Begründer der Rechtsphilosophie Gustav Hugo behandelt (MALTE DIESSELHORST, S. 146-165). Vor allem gehört in die Rubrik Rechtsphilosophie auch der vielleicht fesselndste Beitrag des ganzen Bandes, RALF DREIERS Aufsatz über Julius Binder (S. 435-455). DREIER schildert eindrucksvoll, wie sich die Entwicklung des Rechtsphilosophen Binder vom Positivismus über den Kritizismus zum Idealismus mit der politischen Entwicklung in Deutschland verschränkt und schließlich beim pseudohegelianischen Führerstaat landet. Angesichts dieses Beispiels für die Anfälligkeit der Jurisprudenz gegenüber den «Versuchungen eines irrationalen Zeitgeistes» (S. 455) bedauert man um so mehr, daß die bessere Tradition Göttingens nicht wenigstens durch einen der «Göttinger Sieben» dargestellt ist.

Der Band kann die bisher fehlende Gesamtdarstellung der Fakultätsgeschichte zwar nicht ersetzen, aber die insofern erforderliche

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Vollständigkeit und innere Einheitlichkeit ist von einem solchen Sammelwerk billigerweise auch nicht zu erwarten. Mit Recht weist der Herausgeber in seinem Vorwort auf die «Entstehungsbedingungen eines Sammelbandes» hin. Entstanden ist ein material- und lehrreiches, oft fesselndes, oft vergnüglich zu lesendes Werk, das der Göttinger Juristenfakultät zur Ehre gereicht.

JAN SCHRÖDER

Marie SANDSTRÖM: *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft* (= Rättshistoriskt Bibliotek, Fyrtiofjärde Bandet), Lund 1989, 281 S.

Unter dem vielsagenden Titel verbirgt sich eine bemerkenswerte Abhandlung zur Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft. Marie Sandström — eine Schülerin des Stockholmer Ordinarius für Rechtsgeschichte Claes Peterson — geht von der Beobachtung aus, daß sich zwischen 1840 und 1900 in Schweden der rein wissenschaftliche Gesichtspunkt in der Jurisprudenz, ihre Befreiung von praktischen und Nützlichkeitserwägungen durchgesetzt hat. Diese «Herrschaft der Rechtswissenschaft» etablierte das Argumentieren mit den «Forderungen der Wissenschaft» und führte u.a. zu einer Reform der — damals bedeutendsten schwedischen — Juristenfakultät in Uppsala (S. lff.). Die Autorin verfolgt die Entstehung und Entfaltung der rechtswissenschaftlichen Autonomie-Vorstellungen in Deutschland und ihre Rezeption in Schweden.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnistheorie IMMANUEL KANTS (S. 5ff.), die zunächst mit der älteren schulphilosophischen Auffassung (etwa Christian Wolffs) konfrontiert wird. Nach der vorkantischen Auffassung existierte der wahre Zusammenhang der Erscheinungen außerhalb der Vernunft, die Dinge waren als solche in ihrem Wesen, «an sich», erkennbar, kurz: die Erkenntnis richtete sich nach den Gegenständen. Demgegenüber nimmt Kant — wie Kopernikus in der Naturwissenschaft — einen prinzipiell anderen Standpunkt ein und fragt, «ob wir nicht in den Aufgaben der Metaphysik damit besser fortkommen, daß wir annehmen, die Gegenstände müssen sich nach unserer Erkenntnis richten». Durch diese «kopernikanische Wende» Kants erhält die Vernunft eine aktive Rolle im Erkenntnisprozeß und wird selbst zum Grund der Erkenntnis. Das Argument mit den Forderungen der Wissenschaft, d.h. der Vernunft, ist geboren. Es bleibt aber bei Kant auf die reinen Vernunftwissenschaften beschränkt. Die Erfahrungswissenschaften sind nach Kant einer reinen Vernunftserkenntnis nicht zugänglich und können deshalb auch nicht eigentlich wissenschaftlich bearbeitet werden. Das gilt für alle geschichtlichen Wissenschaften,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

also auch die Jurisprudenz, die es mit einem zufälligen und wechselhaften Stoff zu tun hat.

Erst SCHELLING überwindet nach Ansicht der Autorin die Kantsche Zweiteilung in vernunftmäßige und empirische Wissensgebiete (S. 24ff.). Er stellt Kant die Vorstellung entgegen, daß «alles Wissen nur eines ist», nämlich das «absolute Wissen». In allem, was Wissenschaft ist, geht das Reale im Idealen auf und läßt sich das Ideale gänzlich ins Reale umsetzen. Der Primat des Allgemeinen produziert ein organisches System, in dem der zufällige, dem Ganzen fremde Stoff ausgestoßen wird. So durchdringt jetzt die Vernunft alle Teile der Erkenntnis, und es kann für alle Wissensgebiete das Argument mit den Forderungen der Wissenschaft entstehen. Der Nützlichkeitsstandpunkt verschwindet. Es gibt keine «Brotwissenschaften» an sich, jede Objektswissenschaft kann vernunftmäßig, wissenschaftlich betrieben werden. Auch im Recht kann dasjenige der Wissenschaft angehören, was Ausdruck von Ideen ist. Es war Schellings «Großtat», meint die Autorin, «das erkenntnistheoretische Interesse von der abstrakten Bestimmung der Erkenntnisse durch die Philosophie auf die konkrete Spiegelung dieser Einheit durch die realen Wissenschaften zu verschieben» (S. 62).

Auch in der Diskussion um die Universitätsorganisation zeigt sich die Weiterentwicklung der Kantschen Wissenschaftstheorie durch Schelling (S. 66ff.). Während bei Kant (im «Streit der Fakultäten») die philosophische Fakultät zwar vom Vernunftsstandpunkt beherrscht wird, aber den oberen Fakultäten (Theologie, Jurisprudenz, Medizin) nicht befehlen kann, erfaßt bei Schelling die Philosophie alle Wissenschaften. Es gibt keinen Gegensatz mehr zwischen oberen und unteren Fakultäten — alles kann wissenschaftlich behandelt werden — sondern nur noch zwischen Industrieschulen und Universitäten. In diesen herrscht rein der wissenschaftliche Standpunkt. Die wissenschaftliche Enzyklopädie muß auch die Gliederung der Universität bestimmen, der innere zu einem äußeren Körper werden. Dabei verschwindet die Philosophie, da nunmehr auch die oberen Fakultäten in philosophischem Geist arbeiten, als selbständige Fakultät überhaupt.

Entsprechende Überlegungen findet die Verfasserin in der Jurisprudenz bei SAVIGNY verwirklicht (S. 108ff.). Auch Savigny strebt eine Herrschaft der Vernunft in der Rechtswissenschaft an, wenn er beklagt, daß wir den Rechtsstoff nicht so besitzen, «wie wir wollen» und verlangt, daß die Rechtswissenschaft nicht vom Zufall der Gesetze abhängig sein, sondern ihnen eine «lebendig bildende Kraft» entgegensetzen soll. Die Vernunft darf aber nicht, wie bei Kant, nur von außen an den Stoff herangebracht, sondern muß aus ihm selbst entwickelt werden: das «organische Prinzip» des Stoffes ist zu entdecken und seine «leitenden Grundsätze» sind zu entfalten. Bei dem von ihm propagierten historisch-systematischen Verfahren der Rechtswissen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schaft setzt Savigny wie Schelling die Identität von Realität (Historie) und Idee (System) voraus. Dementsprechend sind auch für ihn (Rechts-) Geschichte und (Rechts-)Philosophie keine selbständigen Disziplinen. Die ganze Rechtswissenschaft ist in wissenschaftlichem Geist zu betreiben und auch zu studieren.

Damit hat die Verfasserin den Grund gelegt für den Übergang nach Schweden. Dort tritt CARL JOHAN SCHLYTER (Rechtsprofessor in Uppsala) als Anhänger Schellings und der historischen Rechtsschule hervor (S. 162ff.). Schlyter kritisiert sowohl die reinen Empiriker als auch den einseitigen Vernunftsstandpunkt der Kantianer und verlangt eine «lebendige auf Erfahrung beruhende philosophische Behandlung der Rechtswissenschaft». Identitätsphilosophische Gedanken zur Universitätsorganisation finden sich besonders bei dem Mediziner und Universalgelehrten ISRAEL HWASSER (S. 184ff.). Wie Schelling setzt sich Hwasser für eine «organische Verbindung, durch die die einzelnen Wissenschaften zu einem Ganzen zusammengehalten werden» ein und will die philosophische Fakultät auflösen. Der juristischen Fakultät empfiehlt er, an die Geschichte anzuknüpfen, aber durch Reflexion ihr eigenes wissenschaftliches Prinzip zu entwickeln.

Wie nun solche Forderungen in der schwedischen Reform der juristischen Fakultät Gestalt gewonnen haben, zeigt der letzte Abschnitt des Buches (S. 208ff.). Er kreist um zwei Schwerpunkte, zum einen um die Reorganisation der Uppsalenser Juristenfakultät unter Berufung auf die «Forderungen der Wissenschaftlichkeit», zum anderen um den gegenläufigen Plan, die Fakultät nach Stockholm zu verlegen und dadurch zu einer Art Berufsschule zu machen. Vor allem im Lichte einiger Abhandlungen von KNUT OLIVECRONA wird deutlich gemacht, wie jetzt der wissenschaftliche Gesichtspunkt die Vorherrschaft erlangt, zu einer Neuordnung des Rechtsstudiums in Uppsala führt und den Verlegungsplan scheitern läßt. Freilich ist es auch Olivecrona nicht gelungen, den wissenschaftlichen Standpunkt dauerhaft zu verteidigen. Ein später Aufsatz ist insofern schon von Resignation geprägt; in den folgenden Jahrzehnten wurde das Wissenschaftsideal wieder zunehmend den Nützlichkeitsforderungen preisgegeben.

Die geistvolle und eigenwillige Untersuchung Marie Sandströms hat zwei Schwerpunkte, die eine getrennte Würdigung verlangen. Was die Rezeption der idealistischen Wissenschaftstheorie in Schweden angeht, so bleiben wohl einige Zweifel. Zwar sind die Belege für eine Aufnahme Schelling- und Savignyschen Gedankenguts in Schweden eindrucksvoll. Sie schließen aber doch anderweitige Einflüsse auf die Reformer nicht aus, etwa Gustav Hugos, dessen keineswegs identitätsphilosophische Dreiteilung der Rechtswissenschaft in (wissenschaftliche) Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie und (nur formal wissenschaftliche) Rechtsdogmatik von Schlyter übernommen wird (S. 176). Um so eindrucksvoller ist die Entstehung und Entfaltung der idealisti-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

schen Wissenschaftstheorie selbst geschildert. Marie Sandström hat sich wie kaum ein rechtshistorischer Autor vor ihr in die Identitätsphilosophie eingefühlt. Das geht so weit, daß sich das Buch manchmal wie eine identitätsphilosophische Parteischrift liest, aber die Energie, mit der die Autorin sich diese Sichtweise zu eigen gemacht hat, läßt sie auch mit großer Sicherheit Anhänger und Gegner der Identitätsphilosophie identifizieren. So werden die Differenzen zwischen der kantischen und der identitätsphilosophischen Wissenschaftstheorie ebenso deutlich herausgearbeitet wie die Übereinstimmungen zwischen Schelling und Savigny. Marie Sandström stellt sich damit in dem Streit um die philosophische Orientierung Savignys eindeutig auf die Seite der neueren Literatur, insbesondere des Savigny-Buches von Rückert (1984) nachdem lange Zeit die Ansicht Hollerbachs (1957) maßgebend gewesen war, ein «Einfluß» Schellings auf Savigny sei nicht nachzuweisen. Das Besondere und Neue an der Beweisführung Marie Sandströms liegt aber nicht nur in dem strikten (für manche vielleicht provozierenden) Verzicht auf biographische Details, sondern auch in der suggestiven Eindringlichkeit, mit der die sprachliche und gedankliche Nähe schon der Savignyschen Methodenlehre von 1802/03 zur Identitätsphilosophie ins Licht gerückt wird (im Grunde ähnlich, wenn auch mit einem anderen Begriffsrahmen, jetzt Jakobs, in: TVR 57 (1989), S. 241ff.). Die eindrucksvolle Rekonstruktion der idealistischen Wissenschaftstheorie macht den besonderen Wert der Untersuchung Marie Sandströms aus, die die Literatur zur Geschichte der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ganz erheblich bereichert.

JAN SCHRÖDER

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

SEGNALAZIONI

Capitale e interesse tra mercatura e povertà

Bisogna esser davvero grati ad Amleto Spicciani — studioso attento e documentato dei problemi connessi al divieto dell'usura — per aver raccolto in una silloge (A. SPICCIANI, *Capitale e interesse tra mercatura e povertà nei teologi e canonisti dei secoli XIII-XV*, Roma, Jouvence, 1990, pp. 262) gli scritti che egli aveva dedicato a questo suo prediletto tema d'indagine tra il 1972 e il 1982. Sono lavori d'uno studioso "nato" come storico delle dottrine economiche — e la dedica del volume alla memoria d'Alberto Bertolino "primo maestro" conferma questa "nascita" giustamente proclamata con fierezza — attento però alle puntuali suggestioni delle voci che provengono da dentro l'esperienza giuridica basso-medievale, soprattutto a quella della dottrina canonistica.

L'interesse centrale dello Spicciani, tuttavia, non è propriamente giuridico: a lui interessa, al di sopra d'ogni altro profilo problematico, di capire perché, a partire da quali ragioni, con quali argomenti e con quali esiti, la chiesa si sia tanto interessata dell'usura e come via via ne abbia giustificato il divieto in una società di mercanti che del capitale e della sua "naturale" fecondità aveva necessariamente fatto un valore.

I personaggi ai quali lo Spicciani ha dedicato la sua attenzione — fossero canonisti o teologi o predicatori — appaiono tutti autentici protagonisti del dibattito: Sinibaldo de' Fieschi, Pietro di Giovanni Olivi, Bernardino da Siena, Antonino Pierozzi. L'interesse dello storico è principalmente rivolto alla comprensione dei perché dell'opposizione ecclesiastica all'usura (l'introduzione e i saggi su Innocenzo IV, su Pietro di Giovanni Olivi, su Bernardino da Siena e sul Pierozzi) e alla puntuale ricostruzione di alcuni specifici dibattiti la cui eco era destinata a durare poi per secoli (le pagine, esemplarmente documentate, sull'*altercatio* scoppiata a Firenze nella seconda metà del Trecento e durata fino agl'inizi del secolo seguente a proposito delle prestanze al Monte e dell'usura che i depositanti potevano ricavarne). Preziose, infine, le appendici, in particolare la terza ed ultima coi testi dell'Olivi riportati a miglior lezione con l'ausilio anche dei testimoni manoscritti.

UMBERTO SANTARELLI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Dire la norme

Sono molteplici i motivi che convincono dell'opportunità di segnalare ai lettori dei "Quaderni Fiorentini" il lavoro di LENOBLE e BERTEN, *Dire la norme. Droit, politique et enonciation* (Bruxelles, 1990). Non si tratta certo di un libro immediatamente utilizzabile dallo storico e dallo storico del diritto: è un libro interamente filosofico, nel taglio tematico, nella terminologia, negli autori citati e discussi. È un libro tuttavia che può interessare lo storico-giurista almeno per due ordini di problemi di grande rilievo. In primo luogo, il problema del linguaggio, del discorso, dell'ermeneutica. Si tratta, ovviamente, di uno dei problemi filosofici centrali della modernità e gli autori lo tematizzano fin dalle prime pagine a partire dalla discussione obbligata, per un verso, con Heidegger, per un altro verso, con Wittgenstein (soprattutto il Wittgenstein delle *Ricerche filosofiche*). È facile capire però come anche lo storico si scontri continuamente con il problema del linguaggio; che egli tenterà di risolvere o dissolvere nel vivo della sua indagine concreta, ma che spesso tornerà a farsi sentire con l'urgenza di chiarimenti che non possono che essere teorici, filosofici. Si pensi, in questa prospettiva, al nesso vincolante che collega linguaggio, discorso, interpretazione; si pensi al fatto che l'interpretazione è un'operazione talmente costitutiva dell'attività storiografica che il problema ermeneutico finisce per coincidere nella sostanza con il problema della vera e propria identità intellettuale dello storico — e non mancano, nel libro di Lenoble e Berten, utili spunti in tema e appassionanti discussioni con gli autori in questo senso più rappresentativi (Gadamer, innanzitutto).

Il problema dell'interpretazione, d'altronde, non tocca soltanto l'attività dello storico, ma investe allo stesso modo tanta parte dell'attività del giurista. E sono appunto le considerazioni che gli autori svolgono intorno all'attività interpretativa del giudice, il serrato dibattito con le più note tesi contrapposte, il secondo momento di sicuro interesse per il lettore dei "Quaderni Fiorentini": se è vero che il 'destinatario ideale' della rivista è un giurista (e/o uno storico) interessato alla comprensione il più possibile articolata e 'multi-disciplinare' dei testi giuridico-culturali.

PIETRO COSTA

Per il centenario del 'Código civil' spagnolo del 1889

Accanto a meritorie imprese celebrative come il 'Libro del Centenario del Código Civil' curato con lodevole premura dalla Associación de Profesores de Derecho Civil, lo storico del diritto deve rallegrarsi assai della iniziativa grazie alla quale si può ora disporre, in comoda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

raccolta, de "los trabajos parlamentarios que culminan en la promulgación del Codigo civil" del 1889, con la possibilità di riuscire a dominare concretamente "el desarrollo completo del itinerario parlamentario" e vedervi dentro più chiaro per formulare un giudizio storiografico che non sia basato sui luoghi comuni tanto consueti a chi parla sulla fede altrui, senza un esame diretto delle fonti. Va sottolineata la sensibilità del Senato del Regno di Spagna che, per il tramite del suo Servicio de publicaciones, ha consentito la stampa dei due imponenti e tipograficamente splendidi volumi (El Código civil - Debates parlamentarios 1885-1889. Estudio preliminar de José Luis de los Mozos. Edición preparada por Rosario Herrero Gutierrez y Maria Angeles Vallejo Ubeda, Madrid, Senado, 1989); va però soprattutto sottolineato il merito di chi quest'opera ha voluto contribuendone intensamente alla realizzazione, il professor José Luis de los Mozos, al quale si deve una documentatissima e assai pregevole 'Introducción'. De los Mozos, illustre amico da sempre dei nostri 'Quaderni Fiorentini', Catedrático de Derecho civil nella Universidad de Valladolid, oggi Magistrato del 'Tribunal Constitucional', appartiene al nòvero, ohimé abbastanza ristretto, di quei cultori del diritto civile che, accanto alla indiscussa padronanza del sapere sistematico e degli strumenti tecnici del civilista, uniscono una solida cultura storico-giuridica, accompagnando le ricerche di diritto positivo con esplorazioni non episodiche nel territorio vitale della storia del pensiero giuridico moderno.

Come giustamente puntualizza De los Mozos nella ricca Introduzione, oggi viene messo a disposizione di ogni giurista uno strumento che, con i suoi amplissimi materiali, non permetterà più di ripetere quelle valutazioni superficiali che volevano il Codice dell'89 opera affrettata e improvvisata dove il buono pareva esser costituito soltanto dalle imitazioni servili del *Code Napoléon*: oggi, finalmente, il giudizio storiografico potrà — a ragion veduta — farsi più complesso e, pertanto, più appagante.

PAOLO GROSSI

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

A proposito di ...

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO BECCHI

ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT. APPUNTI SU UNA BIOGRAFIA

(A proposito di Rainer POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840 in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*, Teil 1: Abhandlung, Teil 2: Briefwechsel, Teil 3: Register zum Briefwechsel, «Rechtshistorische Reihe» Bd. 13, Frankfurt a.M. - Bern, P. Lang, 1982, pp. 322 e 762).

Il lavoro che qui si presenta (1) risale alla fine degli anni settanta e costituisce lo scritto di abilitazione dell'autore in «Storia del diritto tedesco» presentato all'Università di Kiel. Il riferimento non è superfluo, poiché proprio in quella Università insegna Hans Hattenhauer, a cui tra l'altro si deve la riedizione degli scritti riguardanti la polemica sulla codificazione (2), e il lavoro di Polley è in precisa sintonia con quello del suo maestro. Se infatti Hattenhauer, introducendo la polemica, aveva pur messo in rilievo l'importanza, troppo spesso trascurata, di Thibaut, Polley lo segue a tal punto da dedicargli un apposito studio. Parlarne oggi, a quasi una decina d'anni dalla sua pubblicazione, non deve stupire, dato che nel nostro paese esso è passato largamente inosservato (3).

Eppure questo lavoro (se si prescinde dalla dissertazione di Hans Kiefner) rappresenta il primo studio monografico complessivo dedicato ad un autore che senza dubbio aveva lasciato un'impronta nella civilistica tedesca della prima metà dell'Ottocento. Considerata l'importanza di Thibaut, sorprende la relativa scarsità della letteratura che specifi-

---

(1) Da ora in poi citato direttamente nel testo con il rinvio al numero delle pagine, seguito da C quando ci si riferisce al carteggio.

(2) *Thibaut und Savigny - Ihre programmatischen Schriften*, a cura e con una Introduzione di H. Hattenhauer, München, F. Vahlen, 1973. Se non mi sbaglio esso viene, peraltro solo incidentalmente, ricordato da P. Cappellini nella sua recensione del volume di J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pernsiero giuridico moderno* 15 (1986), pp. 467-480 (475).

(3) In Germania sono, tra l'altro, da vedere le recensioni di J. RÜCKERT: R. Polley, ..., in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (Romanistische Abteilung), 101 (1984), pp. 435-447, di J. SCHRÖDER in *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte* (Germanistische Abteilung), 103 (1986) pp. 403-407 e di H KIEFNER in Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 9 (1987), pp. 236-241.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

camente lo riguarda, soprattutto quando la si mette a confronto con quella vastissima dedicata invece al suo celebre antagonista sul tema della codificazione (4). Il lavoro di Polley ha quindi il merito di colmare una lacuna nella storia della cultura giuridica tedesca, merito tanto più grande se si aggiunge che egli alla sua trattazione ha annesso una seconda ed una terza parte in cui viene presentata un'ampia raccolta di lettere di Thibaut (ed alcune a lui indirizzate) corredate da un utilissimo indice, che per ricchezza d'informazioni si avvicina ad un vero e proprio apparato editoriale.

Nelle pagine seguenti mi concentrerò sostanzialmente sull'interpretazione avanzata da Polley nella prima parte; vorrei qui pertanto sottolineare una volta per tutte l'importanza ed il valore del materiale che egli ha messo a disposizione degli studiosi con l'edizione del carteggio e l'indice che lo completa. Sui criteri filologici seguiti ho ben poco da dire: mi chiedo soltanto se non sarebbe stato opportuno facilitare la lettura normalizzando l'ortografia ed indicando la data delle singole lettere all'inizio e non, seguendo l'originale, a volte all'inizio ed a volte alla fine. Ciò che comunque rende la lettura particolarmente disagevole è il fatto che tanto il carteggio, quanto il registro ad esso relativo siano riprodotti nella forma di dattiloscritto: per un'edizione non certo economica ci si sarebbe potuto aspettare anche una veste tipografica adeguata.

L'opera si apre con una, a dire il vero, alquanto stringata Introduzione (pp. 13-15) che illustra le finalità del lavoro ed il metodo seguito. Polley si prefigge di presentare un'immagine complessiva della «personalità» di Thibaut e di mettere finalmente nel rilievo che merita la «sua specifica importanza». Il metodo adottato è quello dell'analisi biografica e storico-letteraria. Con le sue stesse parole: «in primo piano sta un intento biografico e storico-letterario, meno un intento — riguardo al giurista — dogmatico. Quando esemplarmente vengono discusse questioni dogmatiche, non si tratta dell'inquadramento dogmatico in sé delle controverse dottrine del diritto romano e canonico, ma di come Thibaut si specchia nelle controversie e di ciò che queste dicono sulla sua personalità» (p. 15). È lecito chiedersi se un tale approccio sia adeguato all'oggetto trattato. Beninteso, non voglio affatto negare la legittimità di un intento biografico, soprattutto quando si ha a che fare con una figura poliedrica come Thibaut, giurista, ma anche musicologo (5). Ciò che non mi convince è invece il presumere di poter far

(4) La letteratura più significativa su Thibaut è riportata in fondo alla voce *Anton Friedrich Justus Thibaut* in G. Kleinheyer/ J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhundert*, Heidelberg, C. F. Müller, 1989², pp. 297-300. Un elenco particolareggiato degli scritti, specificamente e non, dedicati a Thibaut si ritrova in fondo al primo volume dell'opera di Polley qui discussa (pp. 300-322).

(5) Di questo aspetto mi occuperò solo marginalmente. Anche a tale riguardo la ricerca di Polley è comunque di particolare interesse. Già nel terzo capitolo (pp. 57-63)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

emergere il suo significato peculiare partendo da un lavoro di ricostruzione biografica e mettendo obiettivamente in secondo piano il confronto con le opere e le polemiche da queste scaturite. Insomma, l'indagine biografica, la ricerca di indizi e dettagli è sicuramente indispensabile per fornire un'immagine non falsificata di un autore, ma difficilmente da sola ci permetterà di mettere in luce il significato di quell'autore, «la sua specifica importanza».

I limiti di un approccio di questo tipo risultano subito evidenti dal secondo capitolo (pp. 17-56) che descrive lo «svolgimento esterno» della vita di Thibaut. Senza dubbio il materiale d'informazioni che viene messo a disposizione è ragguardevole e permette di ricostruire con notevole precisione gli anni di formazione di Thibaut, i soggiorni nelle diverse università e le differenti suggestioni ricevute. Significative ad esempio le osservazioni relative al periodo di Königsberg, durante il quale Thibaut seguì sicuramente anche le lezioni di Kant (pp. 28-29). Ma l'attenzione per il dato biografico è spinta a tal punto che il capitolo si apre con una biografia dei genitori (ed in parte persino dei nonni), seguita da una serie di dettagli sui fratelli e sulle sorelle di Thibaut e si conclude con la lista dei figli ed addirittura dei discendenti. Una miniera di informazioni che tuttavia ben poco ci aiuta a scoprire il valore di quell'unico Thibaut che ci interessa.

A questo è dedicato il capitolo successivo (pp. 57-80), che tracciando una storia delle interpretazioni dovrebbe offrire al contempo un contributo per la valutazione del significato del nostro autore. Vengono qui infatti discussi, distinguendo tra attività musicale ed attività scientifica, tutti (o quasi) i più importanti contributi riguardanti Thibaut. Polley ha buon gioco nel mostrare come se da un lato sia stata posta nel giusto rilievo l'attività musicale di Thibaut (i rinvii vanno qui in particolare agli scritti di E. Baumstark e W. Ehmann), dall'altro sin dall'inizio si sia cercato di evitare un adeguato confronto con la produzione del giurista. Che di ciò sia responsabile la tendenza dominante dell'epoca, non credo possa essere contestato. Basti ad esempio ricordare il silenzio con cui fu accolta l'improvvisa morte di Thibaut nelle riviste influenzate dalla Scuola storica (p. 63). Meno convincente invece mi sembra essere il tentativo di voler inserire in questa tendenza svalorizzante anche autori che si muovevano nella stessa direzione di Thibaut, come ad esempio Karl Joseph Anton Mittermaier. Se si

---

Polley ci presenta l'immagine di un Thibaut tra tradizione illuministica ed influenze romantiche che viene poi ripresa nel capitolo quinto (pp. 91-114), in cui l'autore cerca di mostrare la preponderanza di elementi romantici nell'ultimo periodo della vita di Thibaut. Su questo aspetto della biografia di Thibaut si veda ora: R. STEPHAN, *Über Anton Justus Friedrich Thibaut und seinen Sing-Verein*, in *Heidelberg im säkularen Umbruch*, a cura di F. Strack, Stuttgart, Klett-Cotta, 1987, pp. 423-437. Nello stesso volume da segnalare per gli aspetti giuridici il saggio di J. RÜCKERT, *Heidelberg um 1804*, pp. 83-116.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

considera il breve ma significativo necrologio di quest'ultimo, così pieno di sincera gratitudine per il «grande maestro» scomparso (6), non credo si possa giungere a leggervi (come Polley, p. 64) l'espressione di un certo distacco. Ma questo è solo un esempio che vuole indicare come non sempre sia condivisibile la ricostruzione presentata da Polley. Altri se ne potrebbero indicare (7).

Non è tuttavia nella diversa valutazione dei dettagli che sta il limite maggiore di questo capitolo. Ciò che in queste pagine resta purtroppo completamente assente è una ricostruzione della storia delle interpretazioni tendente ad evidenziare alcune linee problematiche fondamentali. Al posto di ciò il lettore si trova di fronte ad una massa disomogenea di notizie riguardanti gli aspetti più disparati, e da essa resta alquanto difficile risalire, come era nelle intenzioni dell'autore, al peculiare significato della figura di Thibaut. Per citare anche qui solo un esempio, questa volta tratto dalla letteratura più recente (pp. 76-79): si passa dall'interpretazione di Kiefner a quella di Geldsetzer (attraverso quella di Kunkel e Kryštůfek) per proseguire con un breve cenno a Costantinesco, trattando quindi di autori e argomenti tra loro molto disparati, e non si comprende dove, secondo Polley, dovrebbe essere posto l'accento. Certo, si capisce che egli non è d'accordo con la svalutazione operata da Kiefner (anche se manca una discussione critica di questa interpretazione), ma come valuta l'impostazione di Geldsetzer per cui Thibaut sarebbe un «classico dell'ermeneutica giuridica (dogmatica)» (8), oppure gli accenni di Costantinesco (9) all'importanza di Thibaut per il diritto comparato? A tali domande il lettore difficilmente troverà una risposta in queste pagine che anzi si concludono, tentando di parare ogni possibile critica, con l'affermazione che sinora si sarebbe trattato soltanto di «necessari lavori preparatori» (p. 79), i quali appunto dovevano esclusivamente servire a preparare il terreno per una nuova interpretazione. Ed in effetti la ricerca prosegue con quattro capitoli tesi a presentare una nuova immagine di Thibaut.

Al centro dell'attenzione sta il rapporto con Savigny. Ciò che realmente li «separa» e ciò che realmente li «unisce» resta ancora

---

(6) K.J.A. MITTERMAIER, Necrologio in *Archiv für die civilistische Praxis*, 23 (1840), pp. 188-189 (i passaggi salienti anche in Polley, cit., più oltre a pp. 251 e seg.).

(7) Non trovo, per citare ancora un esempio, nulla di «grottesco» (p. 67) nel fatto che Savigny in una lettera del 1850 faccia riferimento ad «alcuni uomini illustri» dell'Università di Heidelberg senza nominare espressamente Thibaut. Era noto a tutti che tra questi rientrava Thibaut e pertanto inutile precisarlo.

(8) Si veda la Prefazione (pp. V-VII) e l'Introduzione (pp. VIII-XLIII) di Lutz GELDSETZER a A.F.J. THIBAUT, *Theorie del logischen Auslegung des römischen Rechts*, zweyte vermehrte und verbesserte Ausgabe, Altona, 1806 (ristampa anastatica Düsseldorf, Stern-Verlag Janssen u. Co., 1966). L'espressione citata è a p. VI.

(9) L.-J. COSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, vol. 1: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Köln, Heymann, 1971, pp. 91, 94 e sgg., 103, 106 e sgg.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

«nascosto» (p. 79) e si tratterà di vedere che cosa porta alla luce la ricerca di Polley. Ma prima di considerare questo aspetto, che costituisce il punto culminante dell'intero lavoro (cap. VII) bisogna soffermarsi su alcune questioni altrettanto importanti sollevate nei capitoli precedenti.

Anzitutto quella richiamata nel breve capitolo quarto (pp. 81 sg.) che ci pone di fronte ad un interrogativo quasi completamente trascurato dalla critica. Il punto è se non sia possibile individuare intorno all'inizio degli anni venti (o forse già qualche anno prima) una svolta nel pensiero di Thibaut o, per dirla con Polley, se in quel periodo «Thibaut non abbia compiuto una "conversione", una trasformazione o per lo meno uno sviluppo nel suo atteggiamento di fondo e nelle sue concezioni» (p. 88). La parola «conversione» (*Bekehrung*), su cui Polley in particolare insiste, può fare immediatamente pensare al problema allora scottante delle conversioni religiose. Basti qui soltanto ricordare l'adesione al cattolicesimo da parte di Johann Joseph Görres e di Friedrich von Schlegel. Ma non è in questo senso che bisogna interpretare l'espressione di Polley. Benché egli sia propenso ad individuare anche in Thibaut un avvicinamento al cattolicesimo, non è — per lo meno principalmente — alla conversione religiosa che egli pensa. Tanto più che Thibaut resterà comunque sempre fedele al protestantesimo. Se conversione vi è stata, essa è stata dunque in primo luogo una conversione politica che lo avrebbe portato da posizioni inizialmente liberali a posizioni sempre più conservatrici, vicine, paradossalmente, a quelle di Savigny. Thibaut seguirebbe così un destino per certi versi analogo a quello di molti altri intellettuali tedeschi che, in gioventù vicini al movimento rivoluzionario, di fronte al radicalizzarsi della situazione si adattarono alla politica della Restaurazione. Resta da vedere su quali elementi si basa questa ipotesi. Polley insiste su un documento indubbiamente significativo: una lettera di Barthold Georg Niebuhr del 1823 (in cui pure ritorna la parola «*Bekehrung*») dalla quale risulterebbe un avvicinamento della posizione di Thibaut a quella di Savigny. Riporto il passo saliente (riprendendolo da Polley, p. 81):

> Rividi un conoscente dei tempi di gioventù [Thibaut] che temevo di riincontrare perché era stato coinvolto in un'astiosa disputa letteraria con Savigny, a cui sono molto legato, e che una trentina d'anni fa amava ardentemente la rivoluzione. Trovai quel contrasto ragionevolmente ricomposto e la sua visione del mondo del tutto assennata; tali conversioni (*Bekehrungen)* sono da noi però molto rare.

L'autore di queste parole si era schierato nel 1814 dalla parte di Savigny ed è pertanto del tutto legittimo l'interrogativo che Polley si pone: «Nel frattempo Thibaut in un modo o nell'altro si sarebbe avvicinato a tal punto alla posizione di Savigny da far sì che Niebuhr potesse mettersi d'accordo anche con Thibaut?» (p. 86). Se la domanda

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è posta con chiarezza, non altrettanto chiara è — nel capitolo qui analizzato — la risposta. Polley sembra quasi limitarsi a suggerirla in senso problematico, invece di sostenerla in modo netto e preciso. Si comprende però sin dall'inizio del capitolo successivo (cap. V) che la questione ci accompagnerà per tutto il resto del lavoro. Essa viene subito ripresa discutendo il concetto di purezza («*Reinheit*») che sta al centro delle ricerche musicali di Thibaut. Attraverso un'analisi dell'opera pubblicata anonima intorno alla metà degli anni venti (*Über Reinheit der Tonkunst*) e seguendo alcune testimonianze di Sulpiz Boisserée e Richard Rothe, Polley giunge ad individuare uno sviluppo nelle concezioni musicali di Thibaut che va nella stessa direzione dello sviluppo delle sue idee religiose. Quanto più egli nel corso degli anni si avvicina alla fede religiosa, tanto più egli accentua nella sua visione della musica gli elementi corali e sacrali. La sua concezione inizialmente influenzata da un'impostazione illuministica, come quella di Forkel, o classicistica, come quella di Zelter, lascia sempre più spazio alla presenza di elementi romantici. Alla fine della sua vita Thibaut così risulterebbe molto vicino ad una «concezione della cultura nazional-romantica» (p. 117), prodotta dalla sintesi di elementi germanici e cristiani. Un'immagine dunque ben diversa da quella che solitamente ci viene presentata dalla critica di un Thibaut mero epigono della cultura illuministica.

Resta da vedere se una trasformazione di questo genere si sia verificata anche in ambito politico. Mentre Polley riesce a delineare felicemente i contorni per quel che riguarda la dimensione artistico-culturale, non altrettanto felicemente vi riesce per i contorni politici. Anche qui le fonti utilizzate sono di indubbio interesse. Solo in un caso però l'analisi è spinta a fondo, giungendo peraltro a conclusioni che mi paiono discutibili.

Una lettera del 1835, in cui Thibaut esprime la sua commozione per la morte dell'Imperatore d'Austria (la lettera è riportata integralmente alle pp. 536 sg. C), viene utilizzata da Polley per mostrare l'attaccamento di Thibaut negli ultimi anni della sua vita all'ideale del Sacro Romano Impero. Quell'ideale era sopravvissuto ben oltre la realtà dell'istituzione e la polarizzazione di forze restaurazionistiche e liberalprogressiste contribuirà a rianimarlo e, «quando esso si dimostrò fragile ed irrealizzabile, a farlo divenire in certo qual modo arte in malinconici ricordi. In molti casi questo era il risultato di un "processo di cambiamento di idee" più o meno continuo. Così chiaramente anche per Thibaut» (p. 120). In questo modo — seguendo Polley — Thibaut negli ultimi anni della sua vita finirebbe adirittura con l'avvicinarsi politicamente agli ideali del vecchio Friedrich von Schlegel. Ora, non voglio negare che in Thibaut vi sia stata un'evoluzione politica nel senso indicato, mi chiedo soltanto se per provarla siano sufficienti le ragioni addotte. Nessun dubbio che in quella lettera Thibaut esprima la sua

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

stima nei confronti dell'Imperatore d'Austria, ma non è forse che Thibaut più che all'eredità del Sacro Romano Impero pensasse ai codici emanati da quel sovrano? Non bisogna inoltre dimenticare che nel periodo immediatamente successivo alla sconfitta di Napoleone anche tra le correnti liberali non era assente il riferimento all'Imperatore d'Austria (si pensi ad esempio a Harscher von Almendingen) come possibile guida per una riorganizzazione della Germania. Insomma, l'ipotesi avanzata da Polley di un Thibaut che, a differenza di liberali come Karl von Rotteck (p. 123), riteneva più importante la lotta per l'unità della Germania della lotta per le libertà civili non appare efficacemente dimostrata. Senza dubbio se egli fosse riuscito a provare questo punto si sarebbe potuto parlare di una svolta politica. Mi sembra infatti evidente che altre fossero le priorità per Thibaut al tempo del suo intervento sulla codificazione. Comunque sia, se Polley voleva mettere in evidenza l'involuzione politica di Thibaut credo che un esame più approfondito del carteggio si sarebbe potuto rilevare di grande utilità (anzitutto a partire da alcune lettere fugacemente menzionate a p. 93). Invece il capitolo si chiude, senza risultati probanti, con il rinvio ad un'interessante lettera di Dahlmann del 1840 (p. 124) che dovrebbe ulteriormente confermare la distanza dell'ultimo Thibaut dalla tradizione liberale.

Sinora l'analisi di Polley ha deliberatamente trascurato la posizione del Thibaut giurista. Ad un esame di questa sono dedicati i capitoli successivi. Anche qui la domanda che ci accompagna è se sia possibile parlare di un mutamento, di una «*Bekehrung*» nel pensiero di Thibaut. Nel capitolo sesto la questione viene affrontata prendendo in considerazione il rapporto tra diritto e morale, in quello seguente alla luce del controverso rapporto con Savigny. Soffermiamoci anzitutto sul primo aspetto.

Ciò che maggiormente sorprende in questo capitolo è che, pur trattando un tema classico, manchi pressoché completamente una ricostruzione del sistema concettuale di Thibaut (concetto di diritto, definizione di scienza giuridica, modo d'intendere il diritto naturale, rapporto storia-diritto e così via) ([10]). Polley passa in rapida rassegna alcuni scritti in gran parte raccolti nei due volumi dei *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (completamente trascurata è invece la *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, 1797) e, traendo spunto dall'esame di problemi specifici (come ad esempio la dottrina dell'enfiteusi), giunge ad una conclusione di carattere generale: Thibaut nella sua opera giovanile sarebbe un «"positivista scientifico" con ideali liberali e classicistici» (p. 138). Risultato, a dire il vero, non particolar-

([10]) Per quanto sintetiche e discutibili, maggiori informazioni si trovano al riguardo nel libro di H.-U. Stühler, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 177-196.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mente originale: una caratterizzazione di questo tipo era infatti già stata data da Landsberg (11). Secondo Polley gli scritti giovanili di Thibaut dimostrerebbero che egli si muove nel solco di quella separazione fra diritto e morale, e più precisamente di quella «autonomia del diritto rispetto all'eticità» (p. 136), che contraddistingue il positivismo giuridico. Da questo punto di vista Thibaut sarebbe da collocare in quella direzione che Gustav Hugo aveva indicato nel suo *Naturrecht als Philosophie des positiven Rechts* (1798). Ed in effetti Polley non manca in questo contesto (p. 138) di ricordare una lettera di notevole interesse di Thibaut a Savigny, risalente al 1803, dalla quale emerge un giudizio positivo su quell'opera (12). L'atteggiamento positivistico di Thibaut viene poi evidenziato mettendo in rilievo il ruolo che acquista la legge e l'attività interpretativa negli scritti di questo periodo. Meritano al riguardo di essere richiamati alcuni passi, citati da Polley (p. 136, nota 29):

> Il giurista deve mantenersi entro i limiti dell'interpretazione e proprio con ciò costringere la legislazione a migliorare e integrare quel che vi è di realmente incompiuto nelle leggi. La nostra ermeneutica deve pertanto subire una totale rivoluzione. Noi dobbiamo tendere a rappresentare le leggi non solo nel loro lato positivo, ma dobbiamo impegnarci parimenti a rappresentarle nei loro lati deboli [...]. Se al potere legislativo non riuscisse di venirne a capo, allora indubbiamente dovrà decidere la fredda interpretazione letterale (*die seelenlose wörtliche Interpretation*).

Quantunque la legge possa essere ingiusta, il giudice fin tanto che è legge è tenuto ad applicarla e lo deve fare nel modo più rigoroso possibile e «nel caso di un contrasto tra il precetto della certezza del diritto e quello della giustizia materiale è al primo che spetta il peso decisivo» (p. 132). Molto stretti appaiono quindi i limiti posti all'attività interpretativa da una concezione che appare connotata dall'insistenza sul concetto di certezza del diritto.

Delimitata in questo modo la posizione del giovane Thibaut, ci si può chiedere se proprio l'insistenza sul ruolo della legislazione e gli stretti vincoli da lui posti all'attività interpretativa non lo collochino molto più vicino al modello illuministico di quanto non risulti dalla ricostruzione fatta da Polley. Ciò che non viene precisamente messo a fuoco in queste pagine è in particolare l'influenza che su di lui può (o meno) aver esercitato Kant. La questione era stata risolta in senso negativo da Kiefner (13). Si comprende da alcuni cenni (pp. 137 e 158)

---

(11) E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III Ab., II Halbband, München-Berlin, R. Oldenbourg, 1910, pp. 69 e sgg.

(12) Non altrettanto positivo è in generale il giudizio di Hugo, come risulta dalla lettura integrale della lettera riprodotta nel carteggio (pp. 116-118 C).

(13) H. KIEFNER, *A.F.J. Thibaut*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsge-*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

che Polley non intende seguirlo in questa direzione, mancano però gli elementi per una lettura alternativa. Un punto comunque risulta chiaro dall'analisi di Polley: molta di quella fiducia nella legislazione che animava gli scritti giovanili viene meno nel corso degli anni. E con essa viene pure meno l'impulso riformatore che li caratterizzava.

L'analisi che Polley conduce di alcuni scritti del periodo 1825/26, relativi in larga misura al problema dell'abolizione dei diritti feudali, conferma questa tesi. Ed una lunga citazione (pp. 153 sg.), tratta da una delle poche opere specificamente dedicate a Thibaut (quella, immediatamente successiva alla sua morte, di Eduard Baumstark) mostra pure come già a partire dal 1818 Thibaut avesse assunto una posizione ben moderata rispetto all'idea della soppressione «legislativa» dei diritti feudali ([14]).

Per dimostrare poi come la sua tesi non si appoggi soltanto su singoli scritti o singole prese di posizione Polley presenta pure un interessante confronto tra le diverse edizioni dell'opera principale di Thibaut, il *System des Pandekten-Rechts*. Questo confronto dovrebbe permettere di mettere in evidenza come a partire dall'ottava edizione di quest'opera (1834) venga meno quella separazione tra diritto e morale che caratterizza la prima (1803). Anche se Polley mi sembra forzare un po' i testi (nella nota introdotta nell'ottava edizione, richiamata da Polley a p. 158, Thibaut afferma pur sempre di ritenere in generale «privo di significato tutto ciò che ha a che fare con la morale dal punto di vista giuridico»), si può concedergli di aver individuato in Thibaut per lo meno «una tendenza al cambiamento delle sue precedenti concezioni» (p. 158). All'autonomia del diritto, con tanto vigore sostenuta negli scritti giovanili, subentra un processo di «eticizzazione» del diritto (e non nel senso di un etica laica). Come già riguardo al modo di concepire la musica, così anche qui con riferimento al diritto si verifica una «conversione» che va nel senso di uno «stretto collegamento tra cristianesimo e scienza giuridica» (p. 158).

Anche se l'ipotesi di fondo appare solo in parte verificata, Polley riesce a mettere in evidenza come Thibaut nel corso degli anni non ritenga più sufficiente il modello da cui era partito. Si tratti di un vero e proprio cambiamento di posizione o non piuttosto di accentuazioni all'interno di uno stesso sistema concettuale è una questione che non può essere qui risolta. Sulla base degli elementi messi a disposizione da Polley difficilmente si riesce a seguirlo nelle sue conclusioni. L'ipotesi avanzata dell'«eticizzazione» del diritto, lungi dal testimoniare la pre-

---

schichte (Romanistische Abteilung), 77 (1960), pp. 304-344. L'articolo rielabora parti della dissertazione di poco precedente.

([14]) Una posizione che, sia detto del tutto incidentalmente, è molto vicina a quella espressa da Hegel in un corso di lezioni tenuto proprio a Heidelberg nello stesso periodo (cfr. al riguardo P. Becchi, *Rivoluzione e liberalismo in Hegel*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIX, 2, 1989, pp. 312 sg.).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ponderanza di elementi religiosi nell'ultimo Thibaut, dimostra soltanto che Thibaut si distanzierebbe da una concezione iniziale molto ristretta dell'attività interpretativa. Proprio la dottrina dell'interpretazione, che tanto peso ha nell'opera di Thibaut, non sembra però fatta oggetto di attenzione specifica (15).

Interessante sarebbe stato un confronto tra il modo in cui Savigny impostava il problema dell'interpretazione ed il modo in cui era stato affrontato da Thibaut. Ma di ciò non si trova traccia nel capitolo VII interamente dedicato ad una ricostruzione del rapporto tra i due giuristi. Si tratta del capitolo più lungo di tutto il libro: quasi un centinaio di pagine di non agevole lettura. Il lettore si trova a disagio di fronte ad una massa di notizie ed informazioni che si susseguono (nell'insieme) più o meno in ordine cronologico, senza tuttavia alcuna interna articolazione. L'intento principale di queste pagine appare del resto in precisa sintonia con l'impianto dell'intero lavoro, rivolto più a fornire una biografia intellettuale di Thibaut che non un'adeguata discussione e valutazione del suo pensiero sulla base delle sue ben note prese di posizione.

Non deve quindi sorprendere se il contributo più rilevante dell'intero capitolo sia la discussione del carteggio tra Thibaut e Savigny. Uno scambio epistolare è senza dubbio un documento prezioso più per la ricostruzione del «destino di un'amicizia» (p. 163), quella cioè tra Thibaut e Savigny, che per enucleare i punti di contrasto teorici e le affinità. Nondimeno anche l'esame del carteggio tra Thibaut e Savigny — come subito vedremo — permette di eliminare alcuni diffusi equivoci riguardo alla celebre polemica sulla codificazione che li ebbe per protagonisti. Ma vediamo un po' più da vicino il contenuto del carteggio.

Esso è composto da 35 lettere di Thibaut a Savigny e da due lettere di Savigny scritte tra il 1803 ed il 1835 (la maggior parte delle lettere è tuttavia concentrata tra il 1803 ed il 1818). Come si può subito constatare il limite maggiore di questo carteggio sta nel fatto che, se esso permette di ricostruire con sufficiente precisione la posizione di Thibaut, altrettanto non si può dire per quella di Savigny, sulla base delle due sole lettere pervenute. Malgrado ciò l'esame del carteggio dà modo di giungere ad una conclusione di rilievo: l'interpretazione tradizionale che tendeva a presentare Thibaut e Savigny come rappresentanti di due posizioni frontalmente contrapposte appare del tutto smentita dal rapporto che lega i due giuristi sino alla celebre polemica del 1814. L'ipotesi che sorregge questo capitolo, l'amicizia tra Thibaut e Savigny, risulta dunque largamente confermata dal contenuto delle lettere che Thibaut scrisse a Savigny a partire dal periodo immediatamente suc-

(15) Si veda ora al riguardo A. KITZLER, *Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cessivo alla pubblicazione del *Besitz*. Le lettere di questo periodo, assieme alla positiva recensione di Thibaut al libro di Savigny, testimoniano non solo l'esistenza di un rapporto amichevole, ma mostrano altresì quanto vicini fossero in molti punti le posizioni dei due giuristi. La situazione non muta sostanzialmente negli anni seguenti, cosicché lo scoppio della polemica del 1814 appare quasi come un fulmine a ciel sereno. Ciò che tutt'al più si può sottolineare è una differenza nel tono delle lettere: quelle di Thibaut oltremodo cordiali, le uniche due di Savigny (risalenti entrambe al periodo immediatamente precedente la polemica) piuttosto riservate. La prima del 28 febbraio 1813 (a prescindere dalla giustezza delle sue osservazioni) può sembrare addirittura scortese per quel che concerne l'attività redazionale di Thibaut presso gli «Heidelbergische Jahrbücher». Ma è la seconda (del 13 maggio 1814) sulla quale vale la pena di soffermarsi più da vicino, perché — come giustamente rileva Polley (pp. 193 sgg.) — è di notevole importanza per la comprensione della polemica.

Con questa lettera Savigny rispondeva ad una di poco precedente di Thibaut (del 27 aprile 1814), dalla quale emergeva la sua posizione politicamente moderata riguardo alla questione dell'unificazione politica, ma d'altro canto — sia pure in modo indiretto — anche la sua posizione favorevole all'unificazione giuridica. Proprio in quella lettera infatti egli rinviava alla recensione allora apparsa del libro di Rehberg in cui era già chiaramente delineata la sua proposta di codificazione per la Germania. La risposta di Savigny a questa lettera non lasciava minimamente intravvedere una diversità di opinione, anzi Savigny affermava espressamente di essere d'accordo con il suo interlocutore: «Sulle Sue prospettive e consolazioni politiche sono della Sua medesima opinione. Lei ha inoltre un particolare diritto a gioire dei grandi avvenimenti dei nostri giorni, dal momento che anche durante l'oppressione, tramite le Sue recensioni dei *Napoleoniden* [i sostenitori del codice napoleonico] ha coraggiosamente combattuto il male nel Suo ambiente. Queste recensioni mi hanno fatto provare sempre un grande piacere» (p. 288 C).

Thibaut deve avere interpretato questa lettera come un'implicita adesione anche alla sua proposta a favore della codificazione, quando invece *a posteriori* risulta evidente che il consenso manifestato da Savigny riguardava soltanto il modo in cui Thibaut valutava la situazione politica e non anche il modo in cui egli si era espresso riguardo alla codificazione nella sua recensione a Rehberg. Quella recensione Savigny all'epoca in cui scriveva non doveva averla ancora letta, altrimenti egli non avrebbe mancato di esprimere la sua perplessità circa le conclusioni cui era giunto Thibaut. L'equivoco in cui deve essere caduto Thibaut poteva inoltre essere rafforzato dalle lodi che Savigny gli rivolgeva circa le diverse recensioni che egli aveva scritto intorno al codice napoleonico (vedi la lunga lista nella bibliografia di Polley, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

282-285). Tra queste Thibaut poteva annoverare anche l'ultima: quella appunto relativa all'opera di Rehberg. Che le cose debbano essere andate proprio in questo modo risulta pure da una certa reazione di sorpresa manifestata da Thibaut nei confronti della replica di Savigny e da Savigny nei confronti dell'intervento di Thibaut. Da un lato Thibaut ben immaginandosi che le reazioni critiche alla sua proposta sarebbero venute dal versante romanista, non si aspettava che sarebbe stato proprio Savigny a guidarle, dall'altro Savigny avendo presente le critiche che Thibaut aveva rivolto al codice napoleonico, sottolineando di converso l'importanza del diritto romano, non si aspettava la sua presa di posizione a favore della codificazione. Questa ricostruzione delle circostanze esterne della polemica — resa possibile, bisogna sottolinearlo, dal materiale messo a disposizione da Polley — permette di giungere ad una conclusione di rilievo: la polemica sulla codificazione non può essere interpretata come spesso si fa a partire da una opposizione ideale (giusnaturalismo *versus* storicismo, illuminismo *versus* romanticismo ecc.) che avrebbe caratterizzato i due protagonisti. Certo vi erano delle differenze di natura teorica, ma Thibaut e Savigny, al momento in cui scoppiò la polemica, non potevano essere considerati come i rappresentanti di due scuole contrapposte.

Polley procede dunque nella medesima direzione della più recente *Forschung* su Savigny ; ma, invece di utilizzare questi dati come base per una nuova, ricostruzione della polemica sulla codificazione, finisce per soffermarsi più sui lati psicologici della vicenda (a chi spetta la «colpa» della polemica? si sarebbe potuto evitarla? e così via) che sui reali nodi teorici del dissenso. Se è vero che Thibaut continua a manifestare la sua amicizia anche dopo la polemica (lo testimoniano le lettere del 1814 e del 1815), è altrettanto vero che con quella polemica una rottura vi è stata («der Sache Feind, aber der Person Freund» come scrive Thibaut in una lettera del 18 novembre 1814) ed il significato di quella rottura, le sue innegabili implicazioni teoriche non vengono da Polley adeguatamente prese in considerazione.

Sotto il profilo teorico sono indubbiamente di maggiore rilievo le pagine che Polley dedica ad un'altra, forse non altrettanto celebre polemica: quella sulla dottrina del possesso (pp. 163 e sgg. e poi diffusamente pp. 223-248). Con chiarezza viene ricostruita la posizione di Savigny, richiamando l'attenzione sull'aspetto specifico dell'azione di spoglio. Sulla base di alcuni passaggi del *Besitz* (1ª edizione, 1803) Polley mette bene in rilievo (vedi in sintesi p. 239) come per Savigny all'affittuario ed al fittavolo non spettasse, secondo il diritto romano e quello canonico, alcuna tutela possessoria, mentre una tale tutela era dovuta ai diritti feudali del proprietario fondiario. Si potrà discutere sulla formula che Polley adopera per caratterizzare questa posizione («liberalisierter Feudalismus», p. 240), non credo però si potrà mettere in dubbio la fondatezza della sua ricostruzione. Altrettanto felicemente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

è delineato l'atteggiamento di Thibaut dalla sua iniziale accettazione dell'impostazione di Savigny sino alle precise critiche emergenti da alcuni scritti sinora largamente trascurati. E Polley ha indubbiamente ragione ad insistere su alcuni importanti contributi di Thibaut apparsi nell'«Archiv für die civilistische Praxis», (rivista che rappresentava il contraltare della «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» fondata da Savigny nel 1815). Ciò che semmai non appare sufficientemente delineato è lo sfondo in cui quella polemica sul possesso si inseriva. Una polemica che ebbe tra i suoi protagonisti l'hegeliano Eduard Gans e che coinvolse un po' tutti i giuristi (e non solo i giuristi) dell'epoca (si pensi a Puchta) ([16]). Comunque sia Polley ricostruisce fedelmente la posizione di Thibaut e mostra al contempo quanto fruttuoso possa essere l'esame critico dei testi.

Peccato che egli non proceda allo stesso modo per tutto il resto del capitolo, che invece segue l'ispirazione biografica predominante nell'intero lavoro. Una serie di notizie di eterogeneo valore si susseguono senza alcuna articolazione, mescolando insieme le informazioni più disparate. Di seguito solo qualche esempio. Evidenziato viene l'«isolamento» che avrebbe caratterizzato tanto Thibaut quanto Savigny (pp. 167 sgg.), l'inizio della loro amicizia legata alla pubblicazione dell'opera di Savigny sul *Besitz* (pp. 169 sgg.), alcune affinità che avrebbero caratterizzato i due giuristi in quel periodo (pp. 176 sgg.), un interessante scambio di opinioni su Hugo e Feuerbach (p. 179), la comune avversione nei confronti di Gönner (pp. 187 sgg. e 198), la non influenza di Savigny sulla chiamata avuta da Thibaut all'Università di Heidelberg (pp. 189 sgg.), l'interesse che Savigny a sua volta avrebbe avuto in quegli anni per una chiamata presso la medesima università (pp. 182 sgg.), alcuni punti di contatto negli anni precedenti la polemica (pp. 186 sgg.), il dissenso di Savigny in relazione alla proposta sulla codificazione di Thibaut (pp. 194 sgg.), l'accentuazione di tale dissenso con la divisione della scienza giuridica in scuole operata da Savigny (pp. 204 sgg.), l'irritazione di Savigny per alcune recensioni provenienti da Heidelberg (pp. 206 sgg.), la proposta avanzata da Savigny di un manuale comune di diritto privato (pp. 209 sgg.), l'interruzione — anche se non totale — del rapporto dopo il 1818 (pp. 216 sgg.).

È difficile nuotare in questo mare di informazioni e qualche volta anzi si corre il rischio di affogare, sommersi da una quantità di notizie e valutazioni che ad un esame più attento non sempre si rivelano integralmente attendibili. Eduard Gans viene ad esempio presentato come un «allievo» di Thibaut (p. 219), il che è solo vero in parte; il suo autentico maestro, Hegel (Gans si dichiarerà suo allievo), già nel

---

([16]) Per una ricostruzione complessiva di questa polemica cfr. J. BRAUN, *Der Besitzrechtsstreit zwischen F.C. von Savigny und Eduard Gans. Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse*, in *Quaderni fiorentini*, 9 (1980), pp. 457-506.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

capitolo precedente (p. 158), appariva in compagnia di Friedrich Schlegel e Niebuhr tra i pensatori «conservatori» (*edelkonservativ*); nemmeno Hugo, a dire il vero, appare adeguatamente presentato, ed anzi alcuni suoi scritti (p. 173 la recensione al libro sul *Besitz* di Savigny; p. 202, nota 185 la recensione al *Beruf*) risultano per certi versi fraintesi. Sorprende poi che alcuni fatti importanti per una valutazione dell'atteggiamento politico di Thibaut (come il caso Martin) vengano troppo vagamente accennati (pp. 204-206). Ma non è il caso di aggiungere nuovi dettagli alla quantità già eccessiva di quelli presentati da Polley: indubbiamente dal minuzioso lavoro di scavo emergono alcune interessanti ipotesi (ad esempio per quel che riguarda la polemica sulla codificazione); ciò di cui tuttavia si avverte la mancanza è un confronto teorico complessivo tra il pensiero di Thibaut e quello di Savigny, attento a cogliere alcune affinità, ma anche le innegabili differenze. In generale quando ci si sposta dal piano dell'indagine biografica a quello più profondo della ricerca teorica la ricostruzione appare lacunosa e qualche volta si ha quasi l'impressione che Polley tenti di ovviare a queste lacune facendo rinvio ad opere di carattere generale come quella di Wieacker.

I limiti del lavoro risultano evidenti quando si passa ad analizzare le conclusioni esposte nell'ultima parte del libro. Al centro sta ancora una volta il tema del rapporto con Savigny ed il tentativo di spiegare la «*Bekehrung*» di Thibaut. Ritornano dunque i problemi che ci hanno accompagnato nei capitoli precedenti, senza che però Polley riesca a presentare un quadro sintetico dei risultati raggiunti. Invece di tirare le fila del discorso, sembra quasi che nuove congetture si aggiungano a quelle già esistenti; e non sempre esse appaiono tra loro coerenti. Riprendendo uno scritto di Böckenförde ([17]) viene messo in dubbio lo «storicismo» di Savigny e si tenta di mostrare come Thibaut sotto questo profilo sarebbe stato «più conseguente» (p. 272). Poco più avanti però Savigny e Thibaut vengono contrapposti, perché al primo spetterebbe il merito di aver contribuito alla «formazione storica della magistratura», mentre al secondo quello di aver contribuito alla «formazione etica dei pratici» (p. 274). Dove l'opposizione 'etico' (Thibaut) — 'storico' (Savigny) non risulta convincente proprio sulla base delle fonti utilizzate da Polley. Con maggiore chiarezza viene ripresa l'ipotesi della «*Bekehrung*»: essa ruota intorno all'opposizione tra un primo Thibaut «liberale» ed un secondo Thibaut «tardo-romantico» e «conservatore». Tra le due fasi si collocherebbe ora lo scritto del 1814 (p. 275) che così dovrebbe contenere al suo interno entrambe le anime. Come lo stesso scritto possa essere al contempo «liberale» e «conser-

([17]) E.- W. Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts* (1965), ora in Id. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1976, pp. 9-41.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vatore» Polley non lo spiega. Forse ciò dovrebbe risultare dalle categorie, prese in prestito da Wieacker, di «*Gründer*» e «*Bewahrer*»? L'ipotesi della «*Bekehrung*» appare poi ulteriormente relativizzata dallo stesso Polley che per quel che riguarda l'aspetto religioso è costretto ad ammettere che essa non risulterebbe confermata dall'insieme delle dichiarazioni (p. 264).Alla fine, insomma, si ha l'impressione di avere di fronte un'immagine di Thibaut ancora troppo sfocata. Ma messi in evidenza alcuni limiti, nessuno vorrà negare a Polley il grande merito di aver offerto con la sua ricerca e con l'edizione del carteggio gli strumenti indispensabili per un'adeguata riconsiderazione di questo giurista da troppo tempo ingiustamente trascurato.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ITALO BIROCCHI

NOTAZIONI SUL CONTRATTO.

(A proposito di un recente lavoro di G. Alpa) *

1. Premessa. — 2. *Pacta legem contractui dant.* — 3. Il contratto come espressione della libertà del soggetto proprietario nell'età nuova. — 4. La posizione di Domat. — 5. I commentatori del *code civil.*

1. *Premessa.* Un recentissimo articolo di Guido Alpa (1) riesamina da nuove angolazioni, anche storiche, alcuni aspetti di una questione classica come quella del vincolo giuridico che nasce dal contratto: rimeditazione che, non isolata bensì inserita in un filone vitale della dottrina civilistica, contribuisce a portare risultati nuovi rispetto a certe rimasticature a cui quel tema è stato talvolta assoggettato.

In particolare il lavoro di Alpa, nello studiare le connessioni tra la norma definitoria del contratto (art. 1321 cod. civ.), la norma che lo classifica tra le fonti di obbligazioni (art. 1173) e la norma regolatrice degli effetti (art. 1372), risale alle celebri pagine di Domat, il quale considera le convenzioni come fonte di vincoli giuridici, che si formano per mutuo consenso delle parti: queste «se font entr'eux *une loi* d'exécuter ce qu'ils promettent» (2).

Già questo esordio del giurista francese basterebbe forse a far risaltare la derivazione dalla sua dottrina dell'art. 1134 del *code civil* («Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites»), riproposto poi nei codici che assunsero come modello la compilazione napoleonica, fino all'attuale art. 1372 cod. civ. È vero che il passaggio di Domat si potrebbe considerare di natura extragiuridica, dato che si trova appunto nella parte introduttiva della trattazione, dedicata ad un primo approccio alla materia dei contratti e ad illustrare in genere le loro funzioni; ma più avanti, nel corso dell'esposizione,

---

* A Giorgio, che non c'è più.

(1) G. ALPA, *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, 1990, n. 1, p. 135 ss.

(2) J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, lib. I, all'inizio (nell'ediz. Paris 1771, t. I, p. 15).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Domat ritorna specificamente sul punto per affermare che «les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites» (3).

Due punti balzano subito evidenti dall'esposizione di Domat: 1) il vincolo giuridico sorge dal consenso delle parti; 2) il vincolo che così nasce è tale da obbligare i contraenti come una legge.

A questo punto Alpa rileva che per Domat non è solo il consenso esplicito a creare il vincolo: questo «è arricchito dalla *natura* della *convention*, dall'*equità*, dalle *leggi* e dagli *usi*», così che il regolamento contrattuale viene a formarsi dall'insieme di queste fonti (4).

Individuate tali premesse, il civilista genovese passa a raffrontare le posizioni di Pothier e degli Enciclopedisti per vedere le relazioni tra le loro idee, le successive interpretazioni della dottrina ottocentesca e l'attuale disciplina italiana, caratterizzata in particolare dal rilievo dato al principio dell'affidamento.

Ora, la tematica è talmente vasta e gli spunti offerti dalla riflessione di Alpa sono talmente ricchi che non è possibile discuterli partitamente in questa sede. Si proporranno pertanto solo alcuni elementi di considerazione, trattati a loro volta in forma schematica e incentrati sulla dottrina di Domat: posto che il giurista francese appare veramente uno dei momenti di snodo da cui muove la sistemazione contrattuale moderna, con speciale riferimento alla tradizione che precede il *code Napoléon*, si cercherà in particolare di rilevare il rapporto tra Domat, la dottrina preesistente e le fonti che egli cita a sostegno delle proprie affermazioni: il che equivale, in sostanza, ad un tentativo di dimensionare il suo ruolo di novità e, insieme, di apprezzare la natura storica della costruzione del contratto moderno.

2. *Pacta legem contractui dant.* Per comprendere la posizione di Domat sembra importante esaminare l'uso che egli fa del principio, contenuto in più punti delle fonti romane, *pacta legem contractui dant* (5). È un uso del tutto sorprendente, tanto più che il giurista francese ne faceva il principale sostegno per la sua affermazione che le convenzioni hanno forza di legge tra le parti (6): si tratta, del resto, del

---

(3) *Ivi*, lib. I, tit. I, sect. II, n. 7 (p. 17 ediz. cit.).

(4) G. ALPA, *op. cit.*, pp. 139-40; il corrispondente passo di DOMAT è in *op. cit.*, lib. I, tit. I, sect. III, n. 1 (p. 19 ediz. cit.).

(5) Per le fonti romane v. oltre, nel testo. Più in generale per le fonti contenenti l'espressione *lex contractus* v. M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, (1978), ora in ID., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz, 1986, p.71 nt. 26.

(6) L'affermazione di Domat, contenuta nel passo cit. nella nt. 3, è corredata dalla seguente nota: «Hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit *l.23 ff. de reg. jur.* (D.50, 17, 23). Contractus legem ex conventione accipiunt *l. 1 § 6 ff. depositi* (D.16, 3, 1, 6). Quid tam congruum fidei humanae, quàm ea quae inter eos

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

modo di procedere tipico di Domat, che staccava le norme dal contesto in cui si trovavano per inserirle, spesso con un nuovo significato, nella propria ricostruzione del diritto (7). In realtà vi è solo un'assonanza tra il principio romanistico e l'affermazione di Domat, essendo tesa, quest'ultima, a designare la forza del vincolo che si genera tra le parti a seguito del contratto: appunto, quella stessa che nasce dalla legge.

Ben diversa la portata del principio *pacta legem contractui dant* secondo le interpretazioni fornite dai bizantini e poi dalle scuole medievali. Essenzialmente il *pactum* era considerato come un *quid* che si aggiungeva al contratto precisandone la regolamentazione o intervenendo sulla sua *natura* per modificarla.

Come si vede, il vincolo contrattuale non c'entra perché sta a monte: anzi, il patto era efficace solo in quanto inerisse ad un contratto valido e pertanto la questione del vincolo giuridico andava considerata in relazione al contratto e non al patto.

D'altronde, ciò scaturiva dalla funzione stessa del patto, ritenuto come un qualcosa di accidentale, che poteva pertanto essere apposto o meno, e che, allorché ci fosse, assumeva efficacia solo in quanto il contratto principale fosse efficace. È significativo, in proposito, che i tre luoghi del Digesto in cui il principio *pacta legem contractui dant* è enunciato in forma esplicita riguardino la regolamentazione generale dei *pacta adiecta* (D.2, 14, 7, 5) o la trattazione dei patti che, inseriti in un contratto, potevano derogare alla sua natura, aggiungendo, ad esempio, anche la responsabilità per colpa (D.16, 3, 1, 6 e D.50, 17, 23). Si spiega perciò perché nei commentari del periodo dell'*Usus modernus* i riferimenti al principio più volte richiamato fossero contenuti nella trattazione dei *pacta adiecta*.

---

placuerunt servare? *l.1 ff. de pact.* (D.2, 14, 1 pr.) *l. 34 ff. de reg. jur.* (D. 50, 17, 34)». Come c'è da aspettarsi, la dottrina esegetica del secolo scorso, con i suoi parallelismi, ha spesso disinvoltamente sostenuto la conformità della norma dell'art. 1134, riproposta nei vari codici successivi, alle leggi romane: v., ad es., *Manuale forense ossia confronto fra il codice albertino il diritto romano e la legislazione anteriore*, VI, Torino 1841, ad art. 1225 cod. civ. albertino, p. 99 e T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, III, Torino 1873, ad art. 1123 cod. civ. del 1865, p. 316 ss. Anche in tempi più vicini a noi si è sostenuta l'assimilazione tra il principio romanistico e l'affermazione di Domat e il precetto dell'art. 1134 *cod. Nap.*: v. L. RAPONI, *La libertà contrattuale ed i suoi limiti nell'odierno diritto italiano*, Bologna 1902, pp. 16-17 e F. MAROI, *Il vincolo contrattuale nella tradizione e nel costume contrattuale*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XV, (1949), p. 110 (contributo in cui l'amor di tesi è evidente). Sostiene «eine relativ kontinuierliche Entwicklung» tra la massima *convenant vainc loi* e l'art. 1134 T. MAYER-MALY, *Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht*, in *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976, p. 102 (e cfr., dello stesso autore, *Der Konsens als Grundlage des Vertrages*, in *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, p. 123).

(7) Cfr. H. CAPITANT, *De la cause des obligations. (Contrats, engagements unilateraux, legs)*, Paris 1923, p. 115 e pp. 154-55 nt. 1 e H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in *ZSS, R.A.*, LXXVII, (1960), p. 303 nt. 150.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

In sintesi, l'ordinamento giuridico guardava ai singoli contratti, considerati come un *prius* rispetto alla volontà delle parti e dotati di una propria struttura essenziale nonché di una propria natura, cioè di un complesso di effetti usualmente ricollegati a ciascun tipo contrattuale. Ora, la volontà delle parti poteva intervenire su questi effetti naturali dando cosi *la legge* del contratto: qui il termine «legge» significava la regolamentazione derivante dalla volontà delle parti, che si opponeva alla *natura* del contratto (8). Con un'accezione che risaliva alla filosofia sofistica, infatti, in opposizione a φύσις il termine νόμος designava ogni attività volontaria dell'uomo e pertanto ciò che va *contra naturam* (παρα φύσιν) si determinava *lege* (νόμῳ) ed equivaleva all'attività dell'uomo (δι' ἀυθρώπου) (9).

In particolare, la teoria dei patti aggiunti che incidono sulla *natura* del contratto rappresenta un contributo specifico della scuola bizantina, anche pregiustinianea, come hanno dimostrato le ricerche del Rotondi (10); in questa concezione, infatti, la *conventio* entrava in considera-

---

(8) Così, in relazione ai *pacta adiecta*, si esprimeva Mattheus van Wesembeke (1531-86), un autore la cui dottrina sui *pacta* appare per molti versi fondamentale: «Nam ut legem et formam dant pacta contractibus quibus insunt, ita et eorum contractuum actiones informant atque innovant: *ut non iuxta naturam contractus, sed secundum legem formamque pactionis instituantur*» (il passo è tratto dal commentario di Wesembeck a D. 2, 14, n. 9: si può leggere in H. HAHNII *Observata theoretico practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum commentarios*, p. 181, in fine, dell'ediz. Helmaestadii 1668). Nel testo si è adoperata l'espressione «effetti naturali», mutuata dalla dogmatica moderna: sui *naturalia* nella dottrina del diritto comune v. oltre.

(9) V. il recente J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *«Contra naturam»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli 1984, spec. pp. 1418-19, le cui fonti però erano già state viste da F. HEINIMANN, *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese in griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Basel 1965 (=Basel 1945), da lui non citato. Sull'antitesi tra quanto stabilito attraverso il patto, necessariamente mutabile ed improntato a criteri di utilità e convenienza, e quanto deriva dalla natura, di carattere immutabile, si trovano spunti interessanti con riferimento all'*Etica Nicomachea* di Aristotele in R. AJELLO, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo*, in *Riv. stor. ital.*, 1985, p. 910.

(10) G. ROTONDI, *Natura contractus*, (1912), in ID., *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, *Scritti*, II, Pavia 1922, pp. 175, 265 e *passim*. Le indagini del Rotondi hanno trovato conferma da parte di F. PRINGSHEIM, *Natura contractus und natura actionis*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, I, (1935), che, in particolare (p. 79), respinge la tesi del Riccobono secondo cui le espressioni «natura contractus» e «natura actionis» si troverebbero già in Gaio. Sulla teoria della *natura actionis*, che presenta molti punti di contatto con quella della *natura contractus*, v. C. LONGO, *Il criterio giustinianeo della "natura actionis"*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano 1905 (p. 640 e *passim*: *natura* dell'azione è la struttura giuridica stabilita dalla legge), ID., *«Natura actionis» nelle fonti bizantine*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, XVII, (1905), *p.* 34 s. e W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, 2. Principat*, XV, a cura di H. Temporini, Berlin-New York 1976, spec. p. 66; spunti, a proposito dell'*actio metus* in U.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

zione come intervento modificativo degli effetti tipici del negozio, giacché mutava la struttura stabilita dalla legge: appunto, la sua *natura* (11). In tale costruzione — se ne può qui soltanto accennare — tendeva a venir meno quella concezione classica per la quale il termine *natura* designava una realtà effettuale e *natura contractus* non era un qualcosa di arbitrario bensì esprimeva in forme contrattuali rapporti tipici della vita reale (12); sta di fatto, comunque, che nella sistemazione bizantina il principio *pacta legem contractui dant* rivela sì un aspetto soggettivo, in quanto sono le parti a stabilire l'accordo su un certo contenuto modificativo, ma contiene in sé anche una valenza oggettiva: si considerava non tanto la volontà dei contraenti bensì gli effetti tipici o «naturali», modificati dalla *conventio* (13). Che il profilo obbiettivo fosse in primo piano è del resto dimostrato dal fatto che tra gli scolii bizantini il riferimento ulpianeo al patto che dà la legge al contratto (D.50, 17, 23) si trova sostituito con l'espressione, evidentemente considerata equivalente, « τά γάρ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασιν » (*pacta enim initio facta naturam dant contractibus*) (14).

---

von LÜBTOW, *Der Ediktstitel "Quod metus causa gestum erit"*, Greifswald 1932, pp. 143-44 e 243.

(11) È questo il significato di *natura contractus* che emerge dallo studio del Rotondi (a titolo di esempio: *op. cit.*, pp. 172, 186, 189, 219); più di recente H. COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *ZSS, R.A.*, LXIX, (1952), p. 32 (non è qui rilevante la critica di W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen*, cit., p. 52 nt. 179, tesa a sostenere che la penetrazione della filosofia aristotelica nel mondo del diritto è ben precedente all'età dei giuristi bizantini) e ID., *A typical development in the Roman Law of Sales*, in *Seminar, Annual Extraordinary Number of «The Jurist»*, VIII, 1950, p. 19 ss. Sulla diversa utilizzazione dei termini *natura* e *naturalis* nelle fonti romane classiche, che tendono a presentare un significato materiale ed obbiettivo — «ciò che è nella natura delle cose» — piuttosto che a designare un complesso di elementi che deriva dal diritto positivo e che dà al contratto una figura autonoma, v. ancora G. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., p. 203 ss.

(12) V. soprattutto G.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, p. 76, W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen*, cit., spec. p. 63 (è fuori luogo in questa sede discutere sulla classicità o meno dei concetti di *natura contractus* e di *natura actionis*). In più lavori il Villey si è soffermato sul concetto classico di «natura delle cose» (in un'esperienza che comprende Aristotele, il diritto romano classico e S. Tommaso) e sul diverso significato, di impronta nominalistica, che esso assume nell'età moderna: v. in particolare M. VILLEY, *Il concetto «classico» di natura delle cose*, in *Jus*, XVIII, (1967), p. 28 ss (si tratta dell'*Introduzione storica* al Convegno tenutosi a Tolosa dal 16 al 21 settembre 1964: gli atti sono stati pubblicati in *Droit et natura des choses. Travaux du colloque de philosophie du droit comparée*, Paris 1965).

(13) Indicazioni molto interessanti sul ruolo svolto, nel sistema bizantino, dalla volontà delle parti sulla *natura* del contratto e sugli influssi della versione neoplatonica della «sostanza» si trovano in F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar 1936, pp. 283-84.

(14) Bas. 2, 3, 23 (= D. 50, 17, 23) (Heim. I, 66; cfr. Schelt. BI, 17). Si tratta di un passo molto discusso (v. di recente S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50, 17, 23.*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Queste notazioni sono importanti perchè, sebbene sia stato detto che la costruzione bizantina del concetto di *natura contractus* non influenzò le successive elaborazioni della dottrina occidentale perché non diede una particolare impronta alla materia contrattuale del *corpus iuris* (15), costituiscono il punto di partenza da cui conviene muovere per comprendere le teorie moderne.

I giuristi medievali, infatti, si basaroro sugli spunti in tema di *natura contractus* contenuti nelle fonti romane e, sul solido impianto offerto dalla filosofia aristotelica, costruirono la teoria degli *essentialia, naturalia* e *accidentalia contractus*, forti anche delle suggestioni che il pensiero teologico andava proponendo sul concetto di *natura* (16).

Si trattava dunque di una teoria che, da un lato, non si trovava nelle fonti romane come tale (17), e dall'altro non coincide, nel suo spirito e

---

Ricerche sulla responsabilità contrattuale, I, Bari 1984, p. 50 ss). È proprio nella oggettivizzazione della volontà allorché forma il dettato contrattuale che va ricercata l'origine di quella «imbrogliatissima matassa» (l'espressione è di U. SANTARELLI, *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano 1972, p. 279 nt. 235) nella quale si riscontra l'identificazione tra la *lex contractus* e la *natura contractus* che si trova in Paolo di Castro (v. PAULI CASTRENSIS *Comm. ad C. 4, 23, 1 [C. commodati, l. Equidem*], n. 2, f. 241v dell'ediz. Lugduni 1548: in proposito Decio disse: «cum misterio loquitur Paulus de Castro de natura contractus»: P. DECII *Comm. ad l. III cum quid ff. Si cert. pet.,* , n. 9, f. 67v dell'ediz. Venetiis 1596). La posizione di Paolo di Castro non rimarrà isolata: fu accolta sia da una parte della dottrina umanistica (H. VULTEII *Iurisprudentiae Romanae a Iustiniano compositae libri duo*, lib. I, cap. XLIV, § 2123, p. 380 dell'ediz. Marburgi 1748), sia da un settore della giurisprudenza pratica (D. MEVII *Decisiones*, pars I, dec. LIV, p. 22 dell'ediz. Francofurti ad Moenum 1740). I problemi, comunque, erano già insiti nelle fonti romane: tuttora fondamentale risulta U. von LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, III, Vratislaviae-Varsaviae 1957 *[Eos*, XLVIII, 1956, fasc. 3] , spec. p. 241 ss e ora M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre,* cit., p. 70 ss.

(15) Così G. ROTONDI, *Natura contractus*, p. 267, ripreso da G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, pp. 186-87 nt. 3.

(16) Sul legame tra la concezione bizantina della *natura contractus* e l'elaborazione medievale degli *essentialia*, *naturalia* e *accidentalia contractus*, fortemente influenzata dalla filosofia aristotelica, v. H. COING, *Zum Einfluss*, cit., pp. 32-33 e H. SCHAMBECK, *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Wien 1964, p. 21; ma v. ora P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni*, in *Quad. fior.*, 15, (1986), p. 593 ss. A prescindere dalla concezione della sostanza di Aristotele, il passo dello stagirita in cui si delinea nettamente la distinzione tra ciò che definisce l'essenza di una cosa, ciò che ne costituisce la qualità propria e ciò che è accidentale si trova nei *Topici*, I, 5. 102 a-b (in ARISTOTELE, *Opera*, II, Roma-Bari 1985, p. 7 ss). Mette in guardia dal sopravvalutare l'influenza di Aristotele (e di S. Tommaso) e sottolinea l'importanza di Ulpiano e Accursio per l'uso di concetti come quello di *natura* B. TIERNEY, *Natura id est Deus: a Case of Juristic Pantheism?*, (1963), ora in ID., *Church Law and Constitutional Thought in the Middle Ages*, London 1979, p. 322 (del VII saggio della raccolta).

(17) Basti citare M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975, p. 366 nt. 32.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nelle sue utilizzazioni, con quella che ai nostri giorni caratterizza la dottrina contrattuale, nonostante che un'autorevole corrente di opinione accrediti tale coincidenza (18). Si può osservare, infatti, che vi è una prima fondamentale differenza dovuta alla circostanza che i giuristi medievali non guardavano al contratto come proiezione del soggetto e dunque come strumento in mano all'uomo-proprietario per la circolazione delle merci, bensì guardavano ai singoli contratti come una struttura data e per così dire sovrastante all'uomo, dotata di elementi essenziali e di qualità innate (*naturalia*). È vero che si andò accentuando l'idea, ripresa dall'indirizzo stoico, che la *natura* designasse un qualcosa di ordinato e consuetudinario (19) — almeno a partire da Giovanni d'Andrea, si diceva spesso: *consuetudo est altera natura* (20) — ma ciò sempre all'interno della concezione per la quale i contratti erano un *prius* rispetto alla pattuizione e dunque rispetto all'intervento dell'uomo. Si sottolineava soprattutto il carattere di normalità insito nelle qualità naturali del contratto, secondo una direzione già propria della filosofia greca (21) e che comprendeva anche l'idea del movimento: il contratto, come qualunque cosa esterna, possedeva una sua entità e in sé manifestava il «solitus cursus naturae», per utilizzare il concetto agostiniano largamente ripreso nel XII secolo (22). Inoltre con *natura contractus* si intendeva una disposizione conforme alla *ratio* ed all'*aequitas*, e ciò comportava che se un patto avesse agito contro la natura di un contratto doveva a sua volta essere fondato su una *ratio*: ad esempio, lo spostamento del rischio che interveniva *contra naturam societatis* doveva essere compensato con un prezzo, in modo da ristabilire l'*aequitas* (23).

---

(18) Mette in guardia ora dall'equiparare il significato dell'antica classificazione dei *substantialia*, *naturalia* e *accidentalia contractus* con quella della dogmatica moderna V. COLLI, *Saggio sulle tecniche di interpretazione del contratto nei secoli XII-XIII*, [tesi per il dottorato di ricerca in Storia del diritto italiano], p. 23. Molto acutamente P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 608 coglie l'ottica con cui il Windscheid e, si può estendere, la Pandettistica, guardano alla teoria in esame: un'ottica che, assolutamente orientata dal punto di vista della volontà del soggetto, era ovviamente ben distante da quella dei giuristi intermedi.

(19) Sul punto la letteratura è vastissima; basti citare W.I. COURTENAY, *Nature and the Natural in Twelfth-Century Tought*, (1984), in ID., *Nature and Causality in Medieval Thought. Studies in Philosophy, Theology and Economic Practice*, London 1984, spec. pp. 3, 7 e 12 e sinteticamente N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino 1968, p. 591.

(20) Cfr. P. GROSSI, *Sulla 'natura'*, cit., spec. p. 610 ss.

(21) F. HEINIMANN, *Nomos and Physis*, cit., p. 96 ss.

(22) Cfr. W.I. COURTENAY, *Nature and the Natural*, cit., p. 21 nt.12.

(23) V., ad es., L. DUARDUS, *De societatibus tractatus*, lib.II, cap. IV, quaest. VI, n. 16 e n. 20, (pp. 194-96 dell'ediz. Torino 1972 = Neapoli 1644). L'identità *natura delle cose* = *equità* ricorre anche ben oltre: per i lavori preparatori del codice napoleonico v. J.J.J. BIGOT PRÉAMENEU, *Présentation au Corps Législatif et exposé des motifs du titre des Contrats ou des obligations conventionnélles en général*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XIII, Osnäbrück 1968 (= 1827), p. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Insomma, come dichiarava Johann Oldendorp ormai nell'età nuova, la definizione di *natura* accolta dai giuristi comprendeva in sé l'idea di *vis* e di *inclinatio* ed anche quella di consuetudine o moto necessario (24).

A ben guardare, poi, e siamo alla seconda fondamentale differenza rispetto alle utilizzazioni moderne della teoria dei *substantialia*, *naturalia* e *accidentalia*, questa era sentita dai giuristi intermedi come uno strumento attraverso il quale studiare ed unificare le regole concernenti ciascun tipo di contratto (25): esso consentiva di scavare in queste regole, di precisarle e certo anche di ritagliare ampi spazi di intervento ai contraenti, ma sempre fermi restando gli schemi di partenza (26).

Riassumendo, dunque, alle parti era possibile penetrare all'interno dei confini strutturali del contratto, senza che ne potessero modificare l'intima essenza bensì disponendo sulle qualità innate usuali (*naturalia*): come si vede, per questa via trovavano posto nella sistematica contrattuale quei margini di efficacia della volontà dei soggetti che le fonti romane assicuravano attraverso la teoria dei *pacta adiecta*. Il centro della sistemazione era comunque ancora costituito dai «tipi» contrattuali che, considerati appunto come dati, rappresentavano il parametro di fronte al quale commisurare la volontà delle parti contraenti.

Se si volesse constatare come questa sistemazione raggiunse la sua forma estrema, nella quale si registra la massima espansione dell'efficacia della pattuizione all'interno della data struttura contrattuale, ci si potrebbe riferire alle riflessioni dei giuristi abitualmente ascritti all'indirizzo esegetico dell'umanesimo sul principio *pacta legem contractui dant*. Cujas, ad esempio, appare sempre molto attento a circoscriverne la portata e, ribadito che di per sé il patto era privo di *necessità*, cioè non poteva creare il vincolo obbligatorio (27), in più occasioni affermava che solo i patti aggiunti al contratto (*ex continenti adiecta*) ne costituivano

---

(24) Il passo che interessa è il seguente: «Porro, natura φύσις dicta est ab eo quod aliquid nasci faciat, cuius proprietatem causamque non invenimus preterquam quod ita natura comparatum sit. Ceterum iureconsulti nature vocabulum secundum subiectam materiam varijs modis transferunt ad significandam, alias vim seu inclinationem alias consuetudinem seu motum necessarium in omnibus animalibus nedum in homine» (I. OLDENDORPIUS, *De iure naturali gentium et civili*, in *Tractatus*, Lugduni 1549, I, de iure naturali, tit. II, n.3, f. 47r). Su J. Oldendorp (circa 1488-1567) v. G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg 1983, p. 199 ss.

(25) H. COING, *A typical*, cit., p. 22.

(26) Sui pericoli di sclerosi del diritto derivanti da una rigida fissazione aprioristica della *natura* del contratto v., con riferimento al pensiero di L. Molina (1535-1600), F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI*, Padova 1973, pp. 192-93 e 202.

(27) J. CUJACII *Commentaria in libros questionum Aemilii Papiniani*, in EIUSDEM *Opera*, t. V, Prati 1861, col. 623: «Necessitatis verbo significatur obligatio in l. Post certi temporis C. de liber. cau. [C. 7, 16, 36]. Pactum nullam habere necessitatem, id est, ex pacto non nasci obligationem».

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

la legge (28). In quest'ambito, ma solo in quest'ambito, la rilevanza del patto era massima: «haec vero pacta, ut varia sunt, ita efficiunt, ut ejusdem contractus varia sit forma, ut si quis roget me, quae sit forma emptionis venditionis, vel locationis conductionis, vel mandati, vel depositi: recte dicam, nullam esse certam formam: sed eam esse, quam fecerint pactiones, quae ei in initio adjiciuntur, pactiones enim contractum formant, et actionem ex iis ... atque ideo hae pactiones dicuntur leges» (29).

Nell'affermazione che il patto costituiva il tramite attraverso il quale il contratto assumeva una configurazione specifica, una propria forma, è evidente l'utilizzazione delle categorie aristoteliche: ogni contratto possedeva una determinata essenza (*substantia* più *natura*), che poteva ricevere nuova forma per mezzo dei patti, i quali avevano dunque la funzione di individuare la materia contrattuale nella sua realtà finale (30).

---

(28) J. CUJACII *Recitationes solemnes ad tit. de servitutibus in lib. VIII Digestorum* e *ad tit. de praescr. verbis in lib. XIX Digestorum*, entrambe in EIUSDEM *Opera*, t. III, Prati 1860, rispettiv. col. 287 e col. 623; EIUSDEM *Recitationes solemnes ad tit. I lib. XLII Digestorum*, in EIUSDEM *Opera*, t. IV, Prati 1860, col. 775; EIUSDEM *Recitationes solemnes ad lib. II codicis, tit. III de pactis*, in EIUSDEM *Opera*, t. VII, Prati 1864, coll. 581 e 607; EIUSDEM *Recitationes in lib. IV priores codicis Justiniani ad tit. LIV*, in EIUSDEM *Opera*, t. VIII, Prati 1868, col. 149.

(29) J. CUJACII *Recitationes in lib. IV priores codicis Justiniani ad tit. LIV*, cit., col. 149.

(30) Il rapporto risultante da un contratto cui inerisse un certo patto veniva qualificato come *species* rispetto al *genus* costituito dal contratto tipico: ad es., nel delineare la relazione tra il pegno e l'anticresi e la funzione che poteva svolgere il patto, così si legge in A. FABRI *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, t. I, Lugduni 1658, decad. IX, error V, n. 3, p. 109: «Conventionem igitur intervenire necesse est ut antichresis contracta videatur, alioqui nihil distaret species a genere si ubicumque datum pignus esset, antichresis quoque contracta dici posse»; il passo è segnalato da U. PETRONIO, *La proprietà dello stagno di Cabras: che sia la storia di un errore?*, in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, I, Milano 1978, p. 311. In effetti è stato rilevato che tra i giuristi cinquecenteschi la coppia *materia-forma* si usava in sostituzione dell'altra *genus-species* (così, ad es., Apel (1486-1536), cit. in V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, (1955 e 1957), in ID., *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, pp. 152-54: il giurista tedesco, che sul punto si richiamava a Cicerone, è noto per l'impiego della dialettica di Melantone: v. F. MERZBACHER, *Johann Apels dialektische Methode der Rechtswissenschaft*, in *ZSS*, *R.A.*, LXXV, 1958, p. 364 ss). Sul rapporto tra «forma» e «specie» in Aristotele v. E. BERTI, *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima*, Padova 1977, p. 235. In generale sui vari indirizzi che nel campo della logica si combattevano e si sovrapponevano nel Cinquecento v. W. RISSE, *Die Logik der Neuzeit*, I, 1500-1640, Stuttgart-Bad Cannstatt 1964; in particolare sulla rinascita dell'aristotelismo del XVI secolo v. C.B. SCHMITT, *Aristotle and the Renaissance*, Cambridge (Mass.)-London 1983 e, per il suo uso nelle scuole giuridiche, H. COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, München 1977, p. 14. Per quanto riguarda Cujas, è noto che il giurista francese possedeva diversi manoscritti con opere di Aristotele (v. H. OMONT, *Catalogue des manuscrits de la*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nell'ambito del principio logico «forma siquidem est quae dat esse rei», usualmente richiamato sin dall'età dei commentatori (31), il patto interveniva ad attribuire una nuova configurazione al contratto, talché l'aspetto sostanziale del rapporto era costituito complessivamente dall'unità inscindibile tra la struttura e gli effetti tipici (usuali, consuetudinari) e la forma nuova impressa dai patti: «ita efficiunt, ut ejusdem contractus varia sit forma», per ripetere le parole del giurista francese.

Era questa l'estensione massima che poteva assumere l'affermazione che il patto costituisce la legge del contratto, finché non si fosse ribaltata la regola che dal semplice accordo non nasce l'obbligazione. Per operare tale ribaltamento occorreva naturalmente rovesciare decisamente l'ottica da cui guardare alla materia contrattuale: non più come un dato dell'ordinamento, bensì come un prodotto dell'uomo, espressione della sua libertà.

3. *Il contratto come espressione della libertà del soggetto proprietario nell'età nuova.* Fu questo l'esito del nuovo clima che si respirava nella civiltà postmedievale, caratterizzata da una forte affermazione dell'iniziativa economica individuale ed animata dalla cultura umanistica con la sua visione antropocentrica. Se le scuole medievali, specialmente con i commentatori, avevano proposto eccezioni sempre più numerose alla regola che il semplice accordo tra le parti non genera obbligazione, nell'ambiente dei culti si poté fare strada il principio opposto, essenzialmente perché l'ottica individuale dominava ormai l'analisi della realtà (32); in modo specifico, poi, agivano l'approccio storico ai testi del *corpus iuris* — che consentiva tra l'altro di considerare il principio *ex nudo pacto actio non oritur* come espressione di un ordinamento del passato, non più vigente — e l'attenzione per il diritto nazionale e per l'*usus fori*, nel cui ambito si delineava il riconoscimento dell'efficacia dell'accordo tra le parti (33). Si veniva così a scardinare la sistematica incentrata essenzialmente sui contratti nominati e vi si sostituiva la libertà di contrattazione dei singoli, quali soggetti svincolati dai vecchi *status* e determinati ad utilizzare lo strumento del contratto

---

bibliothèque de Cujas (1574), in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 9, 1885, p. 234 ss).

(31) V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, cit., p. 155 ss.

(32) Basti rinviare a S. JØRGENSEN, *Vertrag und Recht. Privatrechtliche Abhandlungen*, København 1968, p. 16 ss ed alle considerazioni molto belle di W. ULLMANN, *Individuo e società nel Medioevo*, trad. it., Roma-Bari 1983, p. 85 ss.

(33) Sono appena stati pubblicati i risultati del gruppo di ricerca coordinato da J. Barton che ha lavorato sul tema *Towards a General Law of Contract*, Berlin 1990, nel quadro generale del progetto 'Anglo-American and Continental Legal History'; ad essi si rinvia per l'articolazione del discorso che in questa sede può essere soltanto sfiorato. Chi scrive ha anticipato la pubblicazione dei suoi contributi nel volume *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

quale espressione di sovranità sulla propria sfera giuridica: *in primis*, a realizzare i propri interessi quali titolari di una proprietà che, con un processo peraltro contraddittorio ed ancora lungo, si avviava a perdere ogni connotato politico per ridursi a merce (34).

Tra il Cinque ed il Seicento questa nuova posizione del soggetto -che usualmente si compendia nel riconoscimento dell'efficacia della volontà per la creazione dell'obbligazione contrattuale- si può dire saldamente affermata ed accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina nei territori iberici come in Francia, in Germania come nei Paesi Bassi e persino in Italia, per restare al diritto continentale (35).

Ma occorre intendersi: il riconoscimento dell'efficacia giuridica dell'accordo costituiva il punto di maggior evidenza di un sistema nuovo, nel quale la dottrina —e segnatamente ancora quella che nell'ambito dell'*Usus modernus Pandectarum* si ascrive all'orientamento umanistico — andava precisando i requisiti di efficacia dell'accordo. Ed ecco allora che la capacità delle parti, l'oggetto e la causa del contratto costituirono altrettanti temi di elaborazione, sia pure con diversa consapevolezza da parte dei giuristi. E va da sé che le discussioni sulla definizione del contratto, diventate di moda nel Cinquecento —già prospettarsi questo problema implicava passare da un sistema fondato

(34) É celebre la pagina di K. MARX, *Il capitale*, I, trad. it., Roma 1967, cap. II, p. 17 sul rapporto giuridico costruito come rapporto di volontà nello scambio che avviene tra i proprietari privati. Notazioni molto fini e provviste di grande sensibilità storica in A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano 1978, spec. p. 95 ss. In particolare, va senz'altro ammesso che «l'elaborazione giusnaturalistica del contratto muove dall'idea che il soggetto è al centro dell'universo giuridico» e che quindi il principio consensualistico non appare desunto «dai principi dello scambio ma, ideologicamente, dalla sovranità che ciascun soggetto ha sulla propria sfera giuridica» (*op. ult. cit.*, p. 97); tuttavia alla base di tale elaborazione era sempre sotteso il motivo utilitaristico (v. riassuntivamente M. VILLEY, *Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVIIe siècle. (Notes de lectures)*, in *Arch. de phil. de droit*, 6, *La réforme des études de droit. Le droit naturel*, 1961, spec. p. 80 e 102 ss: che poi a sua volta il requisito dell'*utilitas* nelle interpretazioni umanistiche venisse spesso orientato in senso soggettivo non meraviglia. Lo stesso processo è stato notato per quanto riguarda l'*utilitas* della proprietà, come emanazione della cosa o come espressione del *libitum* del soggetto: v. P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, p. 158 e *passim*). Per quanto riguarda il rapporto tra la funzione del contratto moderno e la rottura dei rapporti di interdipendenza fondati sugli *status* la letteratura è vastissima; basti citare G. GORLA, *Commento a Tocqueville. «L'idea dei diritti»*, Milano 1948, spec. p. 147 ss e appendice p. 303 ss. Si tratta, come è noto, di un aspetto di quel processo che realizza la libertà dell'individuo come manifestazione (*Erscheinung*) dell'uguaglianza di fronte alla legge (v. O. VOSSLER, *Alexis de Tocqueville*, Frankfurt am Main 1973, spec. p. 255).

(35) F. CALASSO, *Umanesimo giuridico*, (1949), in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 203 ss ed ora i saggi pubblicati nel volume segnalato in nt. 33, segnatamente quello di U. Petronio e quelli di J. Bart (per la Francia), di R. Feenstra (per i Paesi Bassi), e di chi scrive (per la Germania e l'Italia).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

sui contratti come dati ad un sistema fondato sul soggetto che contratta — ponessero al centro la questione di spiegare il riconoscimento del ruolo centrale della volontà nel creare l'obbligazione attraverso l'esistenza di alcuni presupposti o requisiti (36). Qualunque definizione, infatti, non poteva che imperniarsi sulla *conventio* delle parti, elemento fondante rispetto al quale il contratto costituiva uno strumento per la realizzazione degli interessi dei soggetti: uno strumento giuridico, che come tale abbisognava di elementi che si fondessero con la volontà dei contraenti, affinché questa risultasse efficace nell'ambito dell'ordinamento. La sintesi su cui molto spesso si discuteva — il contratto definito come *conventio cum causa* — focalizzava appunto la posizione centrale attribuita alla volontà ed indicava nel contempo il principale requisito di efficacia.

In sostanza, l'affermazione della libertà dell'uomo di dar vita a vincoli contrattuali teneva conto del suo essere sociale, cioè della sua appartenenza ad un ordinamento. Questa libertà non era dunque assoluta, bensì doveva esprimersi entro i limiti dettati dall'ordinamento, che formulava alcune regole, poche e generali, da rispettare ai fini del riconoscimento dell'efficacia giuridica dell'accordo posto in essere. L'esistenza di queste regole dà corpo al processo di astrazione del contratto dai singoli affari della vita economica, facendolo divenire appunto come un'espressione giuridica della volontà. È in questa situazione che si afferma il concetto moderno di autonomia contrattuale, imperniato sul rapporto tra la legge generale e la legge particolare costituita dalle parti contraenti.

Anche in questo campo, comunque, occorre qualche precisazione giacchè, proprio in virtù dell'efficacia riconosciuta all'accordo, l'autonomia della volontà si atteggiava ora in maniera diversa rispetto alle elaborazioni medievali, quando pure veniva usualmente instaurato un parallelismo tra il patto, da un lato, e la consuetudine e lo statuto, dall'altro. Infatti, l'equiparazione tra il patto e la legislazione particolare

---

(36) Secondo M. VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, in *Arch. de phil. du droit*, 13, *Sur les notions du contrat*, 1968, spec. pp. 3-4 la categoria moderna del contratto, dovuta particolarmente al pensiero neostoico, è un prodotto essenzialmente artificiale, di matrice filosofica e privo di consistenza giuridica; ma va notato che il neostoicismo «ha esplicitamente sviluppato almeno i più generali principi di base di una morale e di una teoria sociale che, per la prima volta, reca tutti i tratti principali del capitalismo» (così F. BORKENAU, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo. La filosofia del periodo della manifattura*, (1934), trad. it., Bologna 1984, p. 190: affermazione che di seguito l'autore articola e che non sembra inficiata dalla critica sul ruolo della *gentry*, uno dei punti più discussi del testo di Borkenau). Sull'importanza del clima culturale nominalista e volontarista, e segnatamente sul contributo dato dalla Seconda Scolastica alla definizione del contratto ed alla sua costruzione come paradigma v. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'.(A proposito di Martin Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts...)*, in *Quad. fior.*, 10, (1981), p. 337 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

si sosteneva su una costruzione apprestata dai glossatori, che come al solito si valeva degli spunti normativi contenuti nel *corpus iuris*. Innanzi tutto, era stato utilizzato il famoso frammento di Giuliano sulla consuetudine (D.1, 3, 32, *Iul. 84 dig.*) nel quale il parallelismo tra la *consuetudo* e la *lex* («inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur») veniva fondato sulla *voluntas populi*, manifestata *rebus ipsis et factis*; e ci si era inoltre appoggiati su un altro passo del Digesto (D.1, 3, 35, *Ermog. I iur. epit.*) nel quale si trova esplicitamente la definizione di consuedudine come «tacita civium conventio». Così il motivo consensuale, che è alla base sia del *pactum* sia della *consuetudo*, aveva costituito il presupposto del raffronto tra il primo, che atteneva alla sfera privatistica, e la seconda, che apparteneva alla sfera pubblicistica: raffronto che veniva utilizzato nel quadro del rapporto tra norme speciali e norme generali (37). I commentatori svilupparono ulteriormente questa elaborazione e, sollecitati dal consolidarsi dello statuto come fonte normativa, lo considerarono ugualmente come un patto concluso tra cittadini (38).

Ora, può sembrare che l'assimilazione del patto alla normazione particolare portasse come conseguenza il riconoscimento dell'autonomia negoziale e, insieme, dell'efficacia di legge della pattuizione per le parti. Ma non è così, se non in via mediata, perché tutto ciò presupponeva un contratto valido. Se era molto vasta la possibilità concessa alle parti di darsi una regolamentazione contrattuale anche in deroga alle leggi, secondo il principio *pacta rumpunt leges et consuetudines* (39), nell'ottica tradizionale la questione era vista all'interno della problematica inerente il rapporto tra le fonti di obbligazione, tra le quali rientrava il contratto. Il *prius* era costituito da un contratto valido, pensato come espressione della *iurisdictio minima* nell'ambito della gerarchia delle fonti; e proprio perché la sua efficacia era, di norma, ristretta alla sfera delle parti e dunque per queste rappresentava una disposizione di eccezione, si applicava per primo, secondo i criteri che regolavano i

---

(37) Su questa tematica fornisce ricchissimi spunti E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano 1964, p. 115 ss. Ha insistito sullo svolgimento parallelo dei poteri dell'ordinamento giuridico e dell'autonomia privata F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1967, p. 227 e *passim* (una notazione critica si trova in U. NICOLINI, *I giuristi postaccursiani e la fortuna della glossa in Italia*, in *Atti del Convegno Internazionale di studi accursiani*, III, Milano 1968, p. 908 nt. 240).

(38) Sulla parificazione del *pactum* allo statuto v. F. CALASSO, *Il concetto di «diritto comune»*, (1934), in ID., *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 70.

(39) Sinteticamente H.R. HAGEMANN, *Gedinge*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I, 1971 (VI Lieferung: 1969), coll. 1428-29. Sarebbe inutile citare diffusamente fonti in cui si ritrova l'applicazione di quel principio; per una dottrina improntata alla prassi dei Tribunali basti indicare *Decisiones Sacri Mantuani Senatus a Ioanne Petro SURDO collectae*, dec. CCLX, n. 12 (p. 489 ediz. Lugduni 1612).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rapporti tra norme generali e norme particolari (40). Altro discorso era poi quello del valore delle pattuizioni nell'ambito del contratto: esse erano ciò che rendeva veramente viva ed attuale la regolamentazione dei rispettivi interessi e costituivano la legge del contratto, secondo il significato precedentemente illustrato. Così in seno alla normale dialettica stabilita tra la regola imposta dalla legge generale e l'eccezione contenuta nel dettato contrattuale si collocano affermazioni come quella per la quale la *conventio* lega più potentemente della *lex communis* (41), o quell'altra per la quale «le Regole operano in difetto dei patti che costituiscono la inviolabile Legge delle Contrattazioni: quelle al confronto di questa inlanguidiscono e vengono meno» (42): testimonianza, quest'ultima, che anche nel linguaggio adoperato denuncia la sua appartenenza al clima del tardo Settecento, ma che in sé non dice niente di nuovo rispetto alle elaborazioni tardo-medievali (43).

---

(40) Per la dottrina consolidata v., ad es., G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, vol. I, proemio, cap. IV, n. 17 (p. 34 dell'ediz. Firenze 1839), dove «la legge che si prescrive dai contraenti, o pure dai morienti nei loro testamenti e contratti, ed in altre disposizioni» è collocata nel gradino più basso delle leggi particolari. Si sofferma su questa gerarchia delle fonti, con riferimento specifico alla materia feudale, H. COING, *L'application des «Libri feudorum»*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-13 giugno 1979)*, Milano 1980, p. 15 ss. Tra le testimonianze studiate da Coing vi è quella, molto significativa, di Dumoulin (pp. 20-22), che nell'assegnare il primo posto alle convenzioni puntellava la propria affermazione con il riferimento a D. 50, 17, 23, proponendo così, seppure di sfuggita e in un ambito particolare, la stessa operazione che sarà compiuta nel secolo successivo da Domat. Poiché in questa sede non è importante occuparsi di «primogeniture», basti l'accenno allo spunto di Dumoulin, a proposito del quale, comunque, non sembra che si possa concordare con il giudizio dello stesso Coing (*ivi*, p. 23) secondo cui il pensiero giuridico dell'età dell'*Usus modernus Pandectarum* (intesa come periodo storico che nei diversi Paesi si estende fino al XVIII secolo e che comprende anche l'orientamento umanistico) è del tutto assimilabile a quello dei giuristi medievali: per Dumoulin, in particolare, in relazione alla proprietà, si possono leggere le notazioni di Grossi, che ne mettono in luce l'influenza su Pothier e anche oltre la codificazione (P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')*, in *Quad. fior.*, 14, (1985), spec. p. 409 ss).

(41) Ad es., *Decisiones Almae Rotae Bononiensis auctore et collectore Caesare BARZIO*, dec. LXX, nn. 4-5, f. 192 ss dell'ediz. Venetiis 1603.

(42) *Recentiores Almae Rotae Florentinae nec non inclitae Rotae Senensis Decisiones*, t. I, Florentiae 1798, dec. XXVI, III, nn. 1-2, pp. 518-19.

(43) Per vedere quale fosse l'insegnamento consolidato ci si può rifare a un *consilium* di Matthias Coler (1530-87), che pure rivela tensioni affioranti dietro l'accettazione della tradizione. É vero, diceva il giurista tedesco, che l'autorità della legge è maggiore di quella dell'uomo per quanto riguarda la *firmitas* del vincolo, così come, in generale, è maggiore l'efficacia della legge, in quanto non tutto ciò che può essere oggetto di disposizione legislativa e statutaria può diventare materia pattizia; tuttavia, nell'ambito di queste premesse, e dato un negozio valido, non viene meno l'autorità delle convenzioni o degli atti unilaterali dei privati, perché vale il principio *provisio hominis tollit provisionem legis*. Significativamente il Coler si appoggiava al famoso commento di Bartolo alla l. *omnes populi* (D.1, 1, 9), che era, come è notissimo, il luogo in cui la teoria

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Sta di fatto, comunque, — e qui se ne accenna appena, perché si tratta di cosa nota — che l'affermazione dell'autonomia privata moderna avviene contestualmente al tramonto delle autonomie pubbliche, poi sancito dalle codificazioni dell'Ottocento: testimonianza, anche questa, del significato nuovo che l'autonomia andava rivestendo come valore tipico caratterizzante una società fondata su soggetti e tendenzialmente priva di intermediari nei rapporti tra cittadini e Stato. Il potere dell'individuo di disporre dei propri beni e di regolamentare i rapporti di scambio attraverso atti di volontà giuridicamente riconosciuti dall'ordinamento (leggi private) era per così dire il corollario di questa concezione del mondo, che si differenziava evidentemente da quella medievale.

4. *La posizione di Domat.* Le sommarie notazioni che si sono fin qui proposte dovrebbero fornire gli strumenti per apprezzare l'apporto dottrinale di Domat.

Per designare il vincolo nascente dal contratto la costruzione del giurista francese ruotava anch'essa attorno al concetto di *lex*, che veniva però ad assumere un significato assai più pregnante rispetto a quello insito nel principio che il contratto riceve la legge dalla pattuizione. In sostanza, riconosciuta l'efficacia dell'accordo, Domat sente il bisogno di precisare che, tra le parti, tale efficacia è analoga a quella esplicata dalla legge.

Ora, al momento in cui Domat attendeva alla sua opera, negli ultimi decenni del Seicento, quel riconoscimento non era certamente originale, mentre l'accostamento del vincolo che si crea tra i contraenti alla forza della *lex* è sembrato alquanto enfatico e, in fondo, di portata limitata (44), mentre fuori luogo appaiono i riferimenti romanistici proposti dallo stesso Domat per sostenere il parallelismo tra il vincolo che nasce dalla legge ed il vincolo che sorge dal contratto. Quanto poi all'affermazione che le convenzioni obbligano non solo a quanto le parti hanno espressamente disposto ma anche a quanto rientra nella natura del contratto o deriva dall'equità, dalle leggi o dagli usi — affermazione in cui Alpa scorge le radici dell'art. 1374 cod. civ. (45) — si può dire che essa si limiti a ribadire la tradizionale dottrina per la quale il regolamento contrattuale è dato dall'integrazione tra quanto previsto dalle

---

della *iurisdictio* aveva ricevuto la sua elaborazione compiuta (M. COLERI *Consilia sive responsa iuris*, cons. XXI, nn. 39-41, f. 113r [ma: 115r] dell'ediz. Lipsiae 1612).

(44) Cfr. S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino 1981, p. 253 ss. Parla, ad esempio, di «formula pittoresca» F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, p. 248, con riferimento all'art. 1123 cod. civ. del 1865 (analogo all'art. 1134 *Cod. Nap.*). *Contra*: G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1968, p. 524 e G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in genere*, in *Commentario del codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Torino 1980, p. 288 nt. 1; precisazioni relative al variare storico del significato del principio in esame si trovano in F. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, VI, Torino 1974, p. 384.

(45) G. ALPA, *op. cit.*, p. 140.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

parti e quanto discende dalla natura del contratto (data dalla consuetudine, dall'equità o stabilita dalla legge) (46).

Ma questi rilievi, in sé fondati, non possono far perdere di vista il senso della sistemazione di Domat. In particolare, utilizzando strumentalmente le norme del *corpus iuris* quale punto di appogggio per la propria costruzione, il giurista compiva un'operazione di deliberato travisamento. Ed è allora abbastanza sterile ricercare altre testimonianze di questo «travisamento» —si parla anche di *contresens* (47) —perché si rischierebbe di tracciare la storia di una «falsa» interpretazione, mentre si tratta di illustrare le nuove istanze che premevano dietro quell'uso strumentale delle norme romanistiche.

In realtà, la regola che le convenzioni costituiscono legge per le parti era coerente con l'impostazione data da Domat all'intera materia delle obbligazioni (48) ed appare chiaro che non si può nemmeno parlare di trasformazione del principio esaminato, ma solo di un suo richiamo in funzione del disegno di razionalizzazione dell'intera materia perseguita dal grande giansenista. D'altronde, a dimostrazione che la storia della costruzione della moderna categoria contrattuale non si può confondere con la storia di dogmi in via di più o meno accentuata trasformazione (49), si potrebbe ricordare che per l'affermazione che il contratto ha forza di legge tra le parti si sarebbe potuto agevolmente ricorrere a quell'insegnamento espresso nella massima *contractus ab initio sunt voluntarii, ex post fiunt necessarii*, che la dottrina aveva elaborato su uno spunto contenuto in C.4, 10, 5 (50); e talvolta, infatti, a questa fonte stato fatto ricorso da parte dei commentatori moderni (51).

---

(46) Lo nota, ad es., C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. VI, Paris 1842, n. 195, pp. 207-08; sulla sua scia, in un'opera che in generale è molto influenzata dalla dottrina di Toullier, A. GIORDANO, *Comento sulle leggi civili del Regno delle Due Sicilie*, vol. V, Napoli 1850, p. 57 (in sede di commento all'art. 1089 del codice del 1819). L'elaborazione dottrinale costruiva, del resto, sulle fonti romane: il passo a cui più direttamente era debitrice è forse D.21, 1, 31, 20 (*Ulp. l. I ad ed. aed. cur.*): «ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire». Sull'ambiguità del concetto di «natura delle cose» (in cui rientra anche quello di natura di un istituto, come il contratto) che con tale interpretazione si viene a creare v. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972: la natura diventa espressione di valori sociali e mentre si dà a credere di leggere nel libro della natura in realtà lo si interpreta (p. 204).

(47) A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris 1969, pp. 199 e 205.

(48) *Ivi*, p. 203 ss.

(49) È appena il caso di ribadire che la categoria del contratto moderno non è un *dato* e nemmeno un *quid* che risulti dalla somma di più elementi, bensì un *problema* e pertanto ha tante facce, per niente scontate: si pensi alla questione della *causa*.

(50) «Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest ...» (impp. Diocleziano e Massimiano, a. 293). Talvolta si faceva riferimento a D.13, 6, 17, 3 (*Paul 29 ad ed.*): v., ad es., F. MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis*

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

È opportuno perciò mettere da parte la questione della forzatura logica contenuta nel ragionamento di Domat e rilevare piuttosto il significato della sua costruzione: la pattuizione, da semplice elemento accessorio che aggiungendosi al contratto gli dava la forma o la legge e nel contempo ne riceveva la *vis* nell'ambito dell'ordinamento, passava a designare l'intero contenuto dell'obbligazione e *tout court* il momento determinante della creazione del vincolo giuridico. Ciò testimoniava lo spostamento dell'asse da cui il giurista guardava alla materia contrattuale che, nel rapporto tra libertà individuale e necessità sociale entro cui essa si esprime, era rivolto a privilegiare il punto di vista dei soggetti: i requisiti generali del contratto, mentre rappresentavano appunto la cornice entro cui gli individui potevano liberamente "trovare" ed eventualmente introdurre *ex novo* le forme contrattuali più adatte ad esprimere i propri interessi con un atto di volontà, costituivano altresì la giustificazione dell'efficacia della volontà privata nell'ambito giuridico (52).

Quel che conferisce originalità alle *Loix civiles* e che ne spiega la fortuna è dunque l'impianto sistematico e la forza logica della trattazione (53). Dottrine e principi magari già diffusi trovavano una loro riformulazione secondo quell'*ésprit* che li connetteva in una costruzione coerente; ma tutto ciò implica naturalmente che, quando si indagano le «radici storiche» di norme come quella contenuta nell'attuale art. 1372 cod. civ. —per la quale è sicuro che occorra risalire a Domat (54) —,

---

et ambiguis conventionibus, t. II, lib. XXIV, tit. I, n. 5, p. 636 [ma: 635] dell'ediz. Genevae 1680.

(51) Ad es., v. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, vol. VI, cit., n. 190, p. 200 e A. GIORDANO, *Comento*, vol. V, cit., p. 56. Da quel principio, del resto, deriva l'indiscusso riconoscimento che il vincolo delle parti è l'effetto caratteristico del contratto: precisazioni in R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in genere*, in *Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, vol. IV, fasc. II, Milano 1980, spec. pp. 192-93.

(52) Va rilevato che la particolare attenzione dedicata da Domat all'affermazione che tutte le convenzioni, siano o no nominate, hanno il loro effetto (J. DOMAT, *Le loix civiles*, cit., lib. I, tit. I, sect. I, n. 7, p. 16) si situa all'interno del principio che non vi è alcuna convenzione che obblighi in mancanza della causa (*ivi*, n. 5, p. 16). É strano che Alpa non metta in evidenza il ruolo della causa in Domat, la cui dottrina è, sul punto, assai citata, seppure non sempre con sufficiente comprensione storica. Sulla causa in Domat basti il riferimento ad A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961, p 258 ss ed al recente N. BENKE, *«No inefficacy arises merely from the naked promise». Bemerkungen und Versprechen in Pillians v. Van Mierop (1765)*, in *Ius commune*, XIV, (1987), p. 40 nt. 155.

(53) Cfr. Y. JEANCLOS, *Formalisme ou consensualisme: la sempiternelle querelle du droit des contrats*, in *Hommages à Gérard Boulvert*, Nice 1987, pp. 341-42.

(54) V., ad es., C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, Paris 1902, § 346, p. 560 nt. 1. A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, cit., p. 198 e nt. 549 cita la testimonianza di Maleville, che per il principio contenuto nell'art. 1134 risaliva a D.50, 17, 23, e si chiede perché il giurista napoleonico non rinviasse semplicemente all'opera

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

l'opera del giurista francese non possa considerarsi se non come una testimonianza, ovviamente importantissima e da cui conviene spesso prendere le mosse, senza però che il lavoro di ricerca possa arrestarsi a quel punto.

Si tratta di un'esigenza ben avvertita da Alpa, che infatti in relazione al principio consensualistico va oltre Domat ed accenna alle diverse posizioni di Connan e di Grotius ([55]): una polemica a distanza che diverrà per oltre un secolo il terreno sul quale la dottrina contrattuale dovette obbligatoriamente misurarsi ed il cui significato va molto al di là dei termini riduttivi nei quali è stata spesso confinata, giacché prospetta una nuova concezione del contratto, sebbene fondata nei due autori su opzioni opposte ([56]). Con Connan, infatti, si assiste al supe-

---

di Domat: «c'est là, en effet, qu'il faut en rechercher l'origine» (*ivi*, p. 205). Una testimonianza che ricalca la dottrina del grande giansenista si trova in Dantoine —avvocato e titolare di un insegnamento di diritto a Lione in mancanza di una Università locale, morto nel 1720 ed riportata in F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris 1928, pp. 249 e 258. Lo stesso Spies, peraltro, risale più indietro e, dopo aver ricordato il significato che in diritto romano assumeva l'espressione *legem enim contractus dedit*, afferma: «à partir du début du XVIe siècle, époque de l'adoption du principe de la reconnaissance des simples conventions par le droit français, les auteurs français donnèrent à cette formule un autre sens; ils l'employèrent probablement pour exprimer le nouveau principe. C'est précisément ce qui fait Dantoine. La règle *legem enim contractus dedit* signifie d'après lui que la convention, étant définitive, oblige les parties comme une loi» (*ivi*, p. 258). Si può rilevare che il riferimento più immediato per la formulazione dell'art. 1134 *code civil* è contenuto nel II progetto Cambacérès (1794) (v. il rapporto di Cambacérès sul secondo progetto di codice ed il relativo art. 146 in P.A. FENET, *Recueil complet*, cit., I, rispett. p. 108 e 123); il medesimo principio si trova anche nel III progetto, dello stesso Cambacérès (1796) (v. *ivi*, p. 169 e p. 278 per l'art. 711). Su ciò cfr., oltre la cit. opera di Spies (p. 258), J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles 1979, p. 648.

([55]) G. ALPA, *op. cit.*, pp. 152-53.

([56]) Ad es., in pieno Settecento si ha la *Exercitatio academica de vi nudorum pactorum Francisci Connani sententiam examinans*, tenuta da Leonhardus Chistophorus CARL, sotto la presidenza di Johann Albert SPIES (Spisius), Altorfii Norimbergae 1734: si tratta di un lavoro di buona fattura che espone la tesi di Connan, da un lato, e di Grotius e Pufendorf, dall'altro, nonché le principali interpretazioni date nel corso delle discussioni successive e passa poi ad esaminare criticamente le due principali posizioni (a pp. 40-41 si rileva la confusione di Grotius e Pufendorf nel contrapporsi a Connan, consistente nello scambiare i due piani —rispettivamente quello del diritto civile e quello del diritto naturale — delle *rationes* per le quali Connan afferma che i patti nudi non sono obbligatori). Per un altro esempio, ormai alla fine del Settecento, v. L. GRIESINGER, *Von der Verbindlichkeit der Verträge*, Tübingen 1793, pp. 5-6. É noto che Connan, riprendendo una tesi che si faceva risalire al Bellapertica, affermava che nemmeno nell'ambito del diritto naturale il *pactum* era obbligatorio (sulla tesi del Bellapartica v. G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano 1972, pp. 135-36 nt. 37, con considerazioni anche sulla dottrina di Connan). I termini principali delle posizioni di Connan e di Grotius (e Pufendorf) sono noti anche alla letteratura non specialistica: v., ad es., G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, p. 121 ss. Nella storiografia recente che si occupata in modo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ramento della tradizionale distinzione tra contratti nominati e innominati facendo leva sulla nozione di συνάλλαγμα; con Grotius, invece, — ma è bene precisare che si tratta del Grotius del *De iure belli ac pacis* — quel superamento si fonda più direttamente sul riconoscimento dell'efficacia dell'accordo tra le parti (57).

Anche lasciando da parte gli umanisti, si potrebbe poi seguire all'infinito la rete degli apporti che, con trama diversissima, tra Cinque e Seicento si intrecciarono sul «nuovo» contratto: molti in opere di carattere pratico, che enucleavano il *ius novum* scavando tra le regole ed i metodi della dottrina tradizionale rivitalizzata dalla prassi, altri in opere dal respiro sistematico o magari politico: è il caso, per fare due esempi emblematici e quasi contemporanei a Domat, dell'opera di S. Stryk (58) e di T. Hobbes (59).

5. *I commentatori del code civil.* Un dubbio sull'interpretazione di Alpa sorge su un punto, che riguarda l'atteggiamento dei commentatori del *code*. Il civilista genovese sottolinea l'orientamento positivista degli esegeti francesi e, citando in particolare Toullier, riconduce alla legge la fonte di ogni obbligazione contrattuale: il vincolo deriverebbe «non dalla semplice volontà, ma dalle norme dell'ordinamento francese (*Code civil*) che quella volontà trasformarono in legge; il contratto ha pertanto "forza di legge tra le parti" (60).

Ora, il segno positivista è certamente quello che contraddistingue l'attività del legislatore napoleonico (61) e poi dell'*école de l'exégèse* rispetto alle stesse istanze illuministiche che, pur esaltando il ruolo della

---

più specifico del contratto moderno v. M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959, p. 31 ss, K.P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985, p. 66 ss, H. COING, *Europäisches Privatrecht. I. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, p. 403 e R. FEENSTRA-M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1988, p. 18 ss.

(57) G. AUGÉ, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, in *Arch. de phil. de droit*, 13, 1968, p. 99 ss. nonché i saggi di U. PETRONIO e di R. FEENSTRA pubblicati nel testo cit. in nt. 33.

(58) Riferimenti alla dottrina contrattuale di S. Stryk (1640-1710) in I. BIROCCHI, *Saggi*, cit., *ad indicem*.

(59) V. il recente W. von LEYDEN, *Hobbes e Locke. Libertà e obbligazione politica*, trad. it., Bologna 1984, p. 97 ss.

(60) G. ALPA, *op. cit.*, p. 144 e cfr. p. 147.

(61) Lo stesso Alpa (*ivi*, p. 146) cita il tribuno Favart, che peraltro fa solo un fugacissimo riferimento al contratto che, legalmente formato, era da considerare come un'emanazione della legge: affermazione, peraltro, che va valutata in seno al discorso tendente a sostenere la giurisprudenza che, quando Favart parlava, era orientata nel senso di ritenere la violazione del contratto soggetta a cassazione al pari della violazione di legge (v. oltre, nt. 66) (il passo del Favart, contenuto nel *Rapport* presentato nella seduta del 13 piovoso [3 febbraio] 1804, è in P.A. FENET, *Recueil complet*, XIII, cit., p. 319). Più ampie considerazioni in I. BIROCCHI, *Saggi*, cit., p. 19 nt. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

legge, erano però fortemente permeate dalle teorie giusnaturalistiche, utilizzate del resto in funzione di attacco al sistema vigente (62); a maggior ragione è esatto segnalare il segno positivista che, rispetto a Domat, caratterizza i giuristi del primo Ottocento. È certamente testimonianza della sensibilità storica di Alpa aver colto questa differenza che, dato il frequente saccheggio delle parole dell'autore delle *Loix civiles* da parte dei giuristi successivi, non è facile apprezzare.

Tuttavia non sembra che sui temi in esame — e specialmente sulla questione del vincolo giuridico nascente dal contratto — si possa arrivare alla conclusione che, nella codificazione napoleonica, la volontà dei singoli si trasforma in una volontà di legge, perché il contratto è subito e direttamente regolato dalla legge (63).

In realtà, come si detto, Domat e con lui gli esponenti della scuola culta, da Connan a Doneau a Vultejus ai grandi giuristi dei Paesi Bassi del Seicento, misero già in evidenza che la volontà obbliga in quanto l'ordinamento sancisce come giuridicamente efficace quella fattispecie. In particolare Doneau e Vultejus parlavano di *approbatio* dell'ordinamento, mentre Domat preferiva utilizzare il concetto di *causa*.

A questo, mi pare, allude la prima parte dell'art. 1134 *code civil* quando, utilizzando ancora le parole di Domat, parla di convenzioni *legalmente* formate, cioè costituite secondo le regole generali stabilite in materia contrattuale. Posto ciò, il vincolo che si viene a creare è quello di una legge: il che, se non significa propriamente «l'hommage des codificateurs à la liberté individuelle de l'homme créatrice de droit» (64), rappresenta però l'esaltazione massima, all'interno dell'ordinamento, del ruolo della volontà nel creare vincoli contrattuali.

In questo solco rientrano le interpretazioni della dottrina esegetica

---

(62) Sul rapporto tra «l'énergie juridique créée par les individus et l'efficacité de la norme publique» nel diritto rivoluzionario e sui limiti posti al fiorire dell'individualità — intesa come soggetto del contratto sociale — dall'espansione positivista della legge v. ora E. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, in *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale*, [Actes du colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986], t. I, Paris 1988, p. 141 ss. Sul rapporto tra diritto naturale e codificazione napoleonica nella dottrina giuridica basti ricordare che, per quanto riguarda l'istituto fondamentale del *code*, è unanime il riconoscimento del «progressivo abbandono della proprietà come diritto naturale per una visione «civile» della disciplina» (così S. RODOTÀ, *Note intorno all'art. 544 del ' code civil '*, in *Scritti per il XL della morte di* P.E. BENSA, Milano 1969, p. 191, ora anche in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna 1981, p. 77). Più in generale v. ora E. GENTA, *Eclettismo della Restaurazione*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, p. 363, con bibliografia; per una sintesi sul significato storico della trasformazione del giusnaturalismo in scienza del diritto positivo v. A. NEGRI, *Problemi di storia dello Stato moderno. Francia: 1610-1650*, in *Riv. critica di storia della filos.*, XXII, (1967), spec. p. 219.

(63) Così, invece, G. ALPA, *op. cit.*, p. 146.

(64) Sono parole di R. Savatier (1959), cit. da A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales*, cit., p. 197.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

francese, compreso lo stesso Toullier, in sede di commento all'art. 1134 (65). Ma c'è di più. È noto che per la sua equiparazione del contratto alla legge come fonte di obbligazione, la norma contenuta nell'art. 1134 ha aperto sin dall'inizio vivaci discussioni tese ad accertare se fosse ammissibile il ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione della *legge* della convenzione: al quesito si rispose negativamente, ma solo dopo un periodo in cui la giurisprudenza era orientata nell'altro senso e solo perché la natura delle leggi private rendeva difficile ravvisare gli estremi di quell'interesse pubblico, ritenuto necessario per l'intervento per cassazione (66). Vi è poi un altro risvolto che manifesta come la volontà delle parti era sentita come *legge* (purché esercitata entro i limiti stabiliti dall'ordinamento). Infatti, come argomentavano gli esegeti del *code*, la prescrizione del valore normativo del contratto era rivolta anche al giudice il quale, secondo i principi generali, doveva sottomettersi al contratto inteso come legge, senza che potesse accampare l'esercizio dell'equità per modificare quanto le parti avessero stabilito (67): situazione che, è appena il caso di notarlo, era del tutto differente da quella vigente nel tardo diritto comune: come in un'altra occasione ha notato lo stesso Alpa, il contratto, quale strumento principe di scambio della merce, non era più destinato a realizzare fini di giustizia sostanziale, bensì ad attuare la volontà delle parti, con la quale si identificava la «nuova» giustizia (68).

---

(65) C. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, trad. it., t. XII, Napoli 1871, n. 387, p. 165 ss; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, vol. VI, cit., n. 188 ss, p. 199 ss; F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, trad. it., vol. XVI, Napoli-Roma-Milano 1881, n. 178, p. 173 ss; G. BAUDRY-LACANTINERIE e L. BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, vol. I, Milano s.d., n. 331, p. 393 ss. Per quanto riguarda Toullier vi è un altro punto (*op. cit.*, VI, nn. 3-4, pp. 3-4) in cui il giurista sembra maggiormente porre l'accento sulla derivazione di ogni obbligazione dalla legge. Il passo è citato da G. ALPA (v. *supra*, nt. 60) a sostegno della propria interpretazione: ma c'è da dire che nelle successive edizioni dell'opera Toullier chiarì esplicitamente la propria affermazione (la rettifica, preannunciata in *op. cit.*, VI, n. 3, p. 3 nt. 3, è svolta in *op. cit.*, XI, nn. 3-5, pp. 3-4).

(66) La questione fu assai discussa nella giurisprudenza e tra gli interpreti dell'*école dell'éxegèse*: v. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris 1964, n. 95, pp. 254-55 e, per una sintesi della dottrina consolidata, C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, vol. VI, cit., n. 193, p. 201 ss e V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, t. IV, Paris 1866, n. 463, pp. 394-95. Ne accenna ancora, ormai alla vigilia dell'attuale codice civile, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, Messina-Milano s.d., p. 283 nt. 1.

(67) V. *Les grandes arrêts*, cit., n. 96, pp. 255-57 e, per la dottrina, C. DEMOLOMBE, *Corso del codice civile*, vol. XII, cit., n. 388, p. 166; F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. XVI, cit., n. 178, pp. 173-74; G. BAUDRY-LACANTINERIE e L. BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, vol. I, cit., n. 333, pp. 394-95.

(68) G. ALPA, *La nozione classica di «contratto» in alcune recenti analisi della dottrina nord-americana*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Facoltà di Genova*, XV, (1976), fasc. 2, p. 627. Piena coscienza della diversa situazione in cui, rispetto ai poteri dei vecchi *Parlements*, operava il giudice vincolato dall'art. 1134 si

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Tirando ora le conclusioni, può dirsi che il problema della rilevanza dell'accordo tendeva a porsi come un problema di riconoscimento dell'autonomia dei singoli e trovava soluzioni nell'ambito del rapporto tra efficacia della volontà particolare e precetti della volontà generale, rapporto nel quale la prima era subordinata alla seconda ma nel proprio ambito si esprimeva come legge (69). Questi sono i termini che caratterizzarono la questione del contratto nell'età moderna ed in essi, mentre si rinvengono i presupposti propri del diritto comune, si riscontra un'impostazione nuova, dovuta, in fondo, all'irrompere dell'individuo come entità a cui ridurre tutto il privato, unico centro di imputazione della volontà particolare: il contratto diventa compiutamente lo strumento del soggetto titolare di interessi economici. Se prima la volontà delle parti poteva assurgere a legge privata solo esprimendosi in posizione subordinata rispetto all'ordinamento, facendone propri gli schemi prestabiliti o altrimenti manifestandosi con quel segno esterno —la prestazione eseguita — a cui l'ordinamento stesso ricollegava la forza obbligatoria; ora il *prius* non è più il contratto bensì l'individuo, al quale l'ordinamento impone solo di attenersi ad una serie di requisiti generali, tendenzialmente semplici e non formali, entro i quali la volontà assume valore di legge privata (70).

Che poi oggi le cose stiano diversamente, nonostante la rubrica dell'art. 1322 cod civ., espressamente intitolata all'*autonomia contrattuale*, e nonostante che il dettato dell'art. 1372 riproponga il principio di Domat, è un fatto noto (71). Ed è pure noto che la stessa categoria generale del contratto, nata come strumento dei proprietari e come tale sanzionata dalla codificazione francese, ha subìto, già a partire dalla metà dell'Ottocento, un processo di separazione dalla proprietà, per

---

riscontra in F. LAURENT, *op. loc. cit.*(v. nt. precedente); per maggiori indicazioni si rinvia a I. BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, in *Towards a General Law of Contract*, cit., p. 324 ss (spec. p. 326 nt. 362).

(69) Critiche alla dottrina tradizionale, per la quale il potere di autonomia dei privati sarebbe una situazione preesistente all'ordinamento, si trovano in M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1974, spec. p. 196 ss.

(70) Nei lavori preparatori del *code* risulta chiaramente individuato il nesso tra le leggi particolari, che le parti stabiliscono assumendo certi impegni con i contratti, e le leggi generali, che legano tutti i cittadini: v., ad es., J.J.R. CAMBACERES, *Discours préliminaire prononcé au Conseil des Cinq Cent lors de la présentation du 3e Projet du Code Civil*, in P.A. FENET, *Recueil complet*, t. I, cit., p. 169. Si potrebbe, del resto, risalire al filone di pensiero thomasiano, che spiegava con il criterio della *paritas* la differenza (e l'analogia) tra l'efficacia del *pactum* espresso dai privati e l'efficacia della *lex*, emanazione dell'*imperium*: «differt pactum ab imperio, quod imperium sit inter impares, pactum inter pares, vel certe non consideratos ut impares» (cit. in P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano 1984, p. 138 nt. 126).

(71) Basti rilevare con quanta cautela ed imbarazzo la *Relazione al re* giustifica la riproposizione della vecchia enunciazione attraverso l'art. 1372 (v. *Codice civile. Relazione del ministro guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della Carta del lavoro»*, Roma 1943, n. 627, p. 406).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

essere attratta nell'orbita dell'impresa (72). Tutto ciò, per usare le parole di un illustre civilista, proprio dedicate al tema dell'autonomia privata, comporta «per il giurista un richiamo costante alla storicità del suo compito» (73): in fondo, le possibilità di intervento del giudice sul dettato contrattuale, l'indubbio emergere di certe forme di *status* (nel senso che i contratti tendono ad uniformarsi a schemi e discipline che fanno riferimento alla posizione sociale delle parti) e la stessa rilevanza del principio dell'affidamento, su cui in tante occasioni si soffermato Alpa, mostrano che l'autonomia privata odierna è di tutt'altra natura rispetto a quella liberale classica (74).

---

(72) Cfr. F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., p. 69.

(73) P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioachino Scaduto*, II, Padova 1970, p. 550. É noto che vi è un robusto filone di civilisti che da tempo ha impostato anche uno studio storico della materia contrattuale. Tale filone è particolarmente vivo tra gli studiosi di *common law* (per una rassegna critica v. A. TROMBETTA, *Freedom of contract: ascesa e caduta di un principio. (A proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 155 ss e F. COSENTINO, *Morale, diritto, e le ragioni della vincolatività della promessa contrattuale. A proposito di un recente libro di P.S. Atiyah*, in *Studi senesi*, XCIX (III serie, XXXVI), (1987), fasc. I, p. 129 ss). In Italia questo interesse ha animato specialmente i comparativisti: troppo note le opere di Gorla, Sacco, Alpa e Bessone per citarle in questa sede, si segnala per l'approccio storico A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano 1981.

(74) Così esprime il problema generale K. LUIG, *Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB. Bemerkungen zur Vorgeschichte des § 138 II BGB*, in *Ius commune. Sonderhefte*, 17, *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1982, p. 172, prima di accingersi ad esaminare nel suo sviluppo storico un particolare aspetto del principio della libertà contrattuale: «Deswegen erscheint es sinnvoll, die einzelnen historischen Voraussetzungen dieser These genauer zu untersuchen als es damals in Wieackers Absicht lag. Bei dieser Untersuchung geht es insbesondere darum, den Prozess der Entfernung von dem ursprünglichen gemeinrechtlichen und naturrechtlichen Ausgangspunkt eines ethisch gebundenen Privatrechts, sodann die Erreichung des Höhepunktes der absoluten Herrschaft des freien Willens im Privatrecht und schliesslich den Beginn des Umschwunges genauer ins Auge zu fassen». Del resto, al di là degli irrigidimenti che per tanti decenni del nostro secolo hanno prevalso, si può affermare che la questione del rapporto tra l'autonomia privata e l'ordinamento ha sempre avuto confini elastici ed stata affrontata da posizioni anche antitetiche, come dimostrano le discussioni che maturarono nel «secolo aureo» di quella questione: ne seguono i contorni A. RIEG, *Le rôle de la volonté*, cit., *passim*, e H. KIEFNER, *Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, II, Frankfurt am Main 1977, p. 74 ss. Per la dottrina italiana, quasi alla fine del'Ottocento riprendono in esame queste posizioni E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, (1884), in ID., *Opere complete*, III, Torino 1900, p. 31 ss, che offre una sistemazione organicistica non disgiunta peraltro da sensibilità storica, e G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, (1892), in ID., *Studi sulle obbligazioni. Parte II. Scritti minori*, Roma 1919, p. 345 ss, ricco di spunti originali sul rapporto tra causa e volontà. Per una interpretazione accentuatamente organicistica come quella di Kaufmann, per la quale l'individuo che dà vita al contratto agisce quale organo dell'ordinamento, v. E. CASTRUCCI, *Tra organicismo e «Rechtsidee». Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, Milano 1984, p. 57 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

EMANUELE CASTRUCCI

UNA DIFFICILE ONTOLOGIA SOCIALE

(A proposito di una recente interpretazione di Bonald) *

I

I circa quarant'anni compresi tra il 1790, anno della pubblicazione delle *Reflections on the Revolution in France* di Burke, e il 1831, anno della bonaldiana *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, pongono con acutezza il problema del rapporto tra costituzione storica degli Stati europei restaurati e fondamento ontologico del 'politico'.

Si tenta in altre parole (e qui va detto che il pensiero controrivoluzionario solo assai raramente si rivela all'altezza del compito teorico prefissatosi) di ricondurre la storicità degli eventi alle pretese 'costanti' del politico, prendendo sul serio quella nozione di analisi metapolitica che de Maistre sembrava già anticipare nella prefazione del suo saggio del 1796 (1). Tale compito, che non può che apparire ai nostri occhi di natura squisitamente ideologica, si giustifica considerando fino a che punto in quegli anni gli schemi di autocomprensione del potere politico si fossero polemicamente staccati da ogni forma di razionalismo giusnaturalistico, garante di un quadro di pensiero astratto sì, ma pur sempre unitario. Ora il problema politico si scindeva invece nei due momenti costitutivi della storicità del dato politico individuale, da un lato, e del fondamento trascendente di tale storicità, dall'altro.

La filosofia illuministica della storia — avrebbe detto Löwith — torna nel pensiero controrivoluzionario a farsi apertamente teologia della storia. L'analisi dell'immanenza, l'autonomia della dimensione storica quale realtà culturalmente divenuta, richiama prepotentemente davanti a sé per contrapposizione un elemento sovrannaturale, che della

---

* Paolo PASTORI, *Rivoluzione e potere in Louis de Bonald*, Firenze, Olschki (=Biblioteca dell'Archivio Storico italiano, XXV), 1990, pp. XII + 302.

(1) «Les Allemands ont fait le mot *métapolitique* pour être à celui de politique ce qui le mot *métaphysique* est à celui de physique. Cette nouvelle expression est fort bien inventée pour exprimer la métaphysique de la politique: car il y en a une, et cette science mérite toute notre attention» (J. de MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris 1796, Préface).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

natura e della storia intende farsi criterio di comprensione. È ancora una volta, a farsi avanti, lo schema ontologico dualistico tipico del platonismo politico, riletto però adesso in chiave dichiaratamente cristiano-fideistica: restituito cioè alla sua funzione di esercitare una forza 'provvidenziale' determinante sugli eventi storici.

Ma ogni teologia della storia implica anche una teologia della politica: nel *Principe générateur* maistriano, ad esempio, la dottrina costituzionale ci appare quale ambito di applicazione di elaborate distinzioni condotte sul piano di una teologia politica. Giacché è un procedimento teologico-politico quello che alimenta la dura invettiva controrivoluzionaria contro ogni forma di convenzionalismo giuridico, identificato in primo luogo nel principio razionalistico della costituzione 'scritta'. Se è vero insomma che tra metafisica politica e costituzione storica vi è, secondo il pensiero della controrivoluzione, un legame certo, fondato platonicamente sull'unità ontologica del reale, è nel campo della dottrina della costituzione e, più precisamente, rispetto al problema della trasformazione della costituzione, che tale legame si mostra con più evidenza, in polemica con la facile ingegneria costituzionale rivoluzionaria.

La polemica contro il formalismo della costituzione 'scritta' contribuisce a rivalutare l'emergenza di un momento personalistico insopprimibile insito in ogni decisione che comporti una trasformazione costituzionale significativa. Ogni trasformazione giuridico-politica contiene (o addirittura consiste in) una *auctoritatis interpositio* (2): questa intuizione dottrinale smaschera la mistificazione dell'impersonalità assoluta del processo trasformativo, che poteva invece essere scambiato per un ideale razionalistico dall'eterno intellettuale 'illuminato'.

Beninteso, l'analisi dei controrivoluzionari, complessivamente considerata, è ideologica e postulatoria. L'assunto in base al quale è ritenuto possibile il rilevamento delle strutture metafisiche della costituzione politica — delle *loix fondamentales de la société* —, benché infondato, consente però all'analisi un supplemento di spregiudicatezza tutt'altro che disprezzabile. Paradossalmente, il procedere verso una meta impossibile — il perfetto rilevamento dell'antica (e sempre valida) costituzione sociale — si abbina a forti elementi di realismo nella critica dello status quo. I controrivoluzionari non 'conservano', ma 'reagiscono': essi sono — o mirano ad essere — letteralmente dei 'reazionari', non dei conservatori. Essi sono pertanto costretti a procedere attraverso una critica realistica della borghesia e della sua rivoluzione, che permette loro di far luce, in qualche modo, sul difficile concetto politico di trasformazione.

Una trasformazione è, intuitivamente, un mutamento. Ma non un

(2) C. SCHMITT, *Politische Theologie*, tr. it. in *Le categorie del 'politico'*, Bologna 1972, p. 55.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

mutamento totale, non una rivoluzione. (Vittorio Mathieu ha scritto pagine significative su questo punto). Il concetto implica piuttosto una continuità sostanziale, uno scavo nel profondo nelle strutture della società, su cui interviene poi il mutamento delle forme, delle 'apparenze visibili'. Se rivoluzione è (anche) sradicamento, rischio generoso di perdere ogni memoria ed ogni radice storica nel passato, quella di rivoluzione è una categoria essenzialmente morale, sia pure di una morale sopraindividuale, collettiva, la quale però non ha ancora varcato la soglia del politico. Diceva de Maistre che persino il concetto di 'contro-rivoluzione' è a rigore, per gli stessi motivi, sbagliato: non si deve infatti intendere con esso una «rivoluzione di segno contrario», ma invece «il contrario di una rivoluzione» (3), ovvero una realtà depurata da elementi morali soggettivistici.

La forte tensione morale che comanda il mutamento rivoluzionario fa si invece che questo mutamento non possa mai essere considerato una categoria costitutiva del 'politico'. Per meglio dire: la moderna idea di rivoluzione — prodotto, come ha mostrato Reinhart Koselleck, della filosofia della storia illuministica — rappresenta solo indirettamente una categoria politica, in quanto irruzione dell'elemento escatologico nel quadro mondano dell'agire politico (4). Eric Voegelin, notando l'ascendenza gnostica di questo modo di rapportarsi all'esperienza mondana, sosteneva che esso — come ogni frutto della gnosi — trova il suo nemico naturale non tanto nell'esistenza storica dell'antagonista politico, quanto nella potenza del caso o della *Tyche*, che agisce al di là del disegno rivoluzionario. Il caso è allora il vero nemico del progetto mondano di una rivoluzione. Ciò perché la rivoluzione mette in moto un complesso meccanismo consistente in una volontà artificiale (incarnata, di volta in volta, nel partito, o nel «club»), che oltrepassa l'intenzione delle singole volontà portatrici del progetto rivoluzionario (si pensi alla situazione vissuta da Robespierre nei mesi immediatamente precedenti il 9 Termidoro). De Maistre ha lucidamente descritto la povertà di queste volontà: «... plus on examine les personnages en apparence les plus actifs de la révolution, et plus on trouve en eux quelque chose de passif et de mécanique. On ne saurait trop le répéter, ce ne sont point les hommes qui ménent la révolution, c'est la révolution qui emploie les hommes. On dit fort bien, quand on dit qu'*elle va toute seule*» (5). Tutto ciò, naturalmente, rende ai portatori del progetto rivoluzionario ancor più difficile la soluzione del problema, per loro ineludibile, dell'uso mitico-politico dell'utopia.

---

(3) Cfr. J. de MAISTRE, *Les soirées de Saint-Pétersbourg*, trad. it. Milano 1971, p. XXXI.

(4) Cfr. su questo punto le interessanti considerazioni di G. TINDER, *Eschatology and Politics*, in «The Review of Politics», 3, 1965, pp. 311-333.

(5) J. de MAISTRE, *Considérations sur la France* (1796), Paris 1857, nouvelle éd. chez J.B. Pélagaud et Cie, cap. VII, pp. 90-91.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

II

L'utopia è negazione del 'radicamento' nel tempo e nello spazio: in quanto 'non-luogo' non dovrebbe, a rigore, appoggiare o far crescere alcun progetto politico-costituzionale, alcuna trasformazione 'materiale'. L'utopia non è 'vera', ma agisce, ed in ciò è la sua verità. Essa è l'immagine di un non-luogo che serve a governare sui luoghi della politica, ovvero a decidere sulle trasformazioni materiali della società, le quali senza un progetto escatologico risulterebbero private di senso. Alla luce di tutto ciò appare di secondaria importanza il fatto che tali trasformazioni possano poi essere dirette dall'alto (si pensi al modello settecentesco del dispotismo illuminato fridericiano) secondo il principio illuministico della razionalità del Legislatore, oppure semplicemente rilevate e riconosciute nel ritmo naturale dell'organismo sociale, nella sua esistenza storica. I classici dottrinali sono rispettivamente Rousseau e lo storicismo controrivoluzionario.

Nel primo caso i compiti di governo consisterebbero nella manipolazione della società e dell'individuo singolo (attraverso l'uso spregiudicato della politica dell'educazione). La volontà del Legislatore sarebbe ben presto rousseauianamente trasfigurata nella razionalità della legge, ed il momento della ragione dovrebbe già tendenzialmente riassorbire quello della volontà. Nel secondo caso trionferebbe invece l'interpretazione storicistica dell'esistente, che non consiste in un mero adeguamento al reale, come più volte è stato semplicisticamente sostenuto, ma in una consapevole delimitazione della sfera di intervento attivo sulla società (che deve comunque consistere in un procedimento graduale e lento) da parte degli organi di governo.

Il pensiero controrivoluzionario postula insomma una struttura intangibile per la società: una «ontologia dell'essere sociale» resa esente da interventi volontaristici. Come è stato sostenuto, da Bonald nasce virtualmente «tutto il filone sociologico dei gruppi intermedi, dell'organicismo sociale, del recupero del tradizionalismo come critica dell'atomismo liberale (...) in nome di una visione 'funzionale' della società, dei valori dell'integrazione sociale, dell'equilibrio tra innovazione e repressione» (6). Paolo Pastori nel suo saggio su Bonald sottolinea come la preoccupazione fondamentale dei controrivoluzionari fosse non tanto di stabilire un'impossibile via di ritorno ad una realtà politica preesistente, quanto di comprendere, alla luce di una più approfondita interpretazione storiografica, quale fosse l'ambito di indiscutibile autonomia della società civile, intesa come sfera di crescita culturale e politica, come luogo della continuità di «processi etici ed istituzionali

(6) A. Illuminati, *Società e progresso nell'Illuminismo francese*, Urbino 1972, p. 231. In questo senso cfr. anche R. Spaemann, *Der Ursprung der Soziologie aus dem Geist der Restauration. Studien über L.G.A. de Bonald*, München 1959.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conseguiti in una successione di secoli e con il concorso di molte generazioni» (p. 292).

Ponendo in questi termini la questione storiografica, appariva evidente che la società, avendo in sé una propria autonomia, una propria interna ragion d'essere, non poteva in alcun modo essere ricostituita *ex novo* dal legislatore rivoluzionario, secondo il malinteso canone rousseauiano della perpetua revocabilità dei princìpi costitutivi della struttura sociale.

Pastori mostra come per Rousseau non rappresentasse minimamente un problema il rimettere in discussione, ogni volta che lo si fosse ritenuto necessario, il rapporto di subordinazione delle leggi positive alle leggi fondamentali, quando queste ultime fossero state svuotate di contenuto sostanziale. Posto come legge fondamentale il patto sociale, la volontà legislativa (poco importa se espressa dal sovrano o dall'assemblea, oppure da entrambi) era in qualsiasi momento in grado di annullarlo e quindi di mutarla. In vari brani del *Contratto sociale* si manifesta quella che Pastori definisce «la totale incomprensione dell'insostituibilità di quelle *anciennes loix* di cui viene ammessa la validità, ma la cui sopravvivenza è subordinata alla volontà del sovrano» (pp. 277-8). Ma se per Rousseau «il n'y a dans l'Etat aucune loi fondamentale qui ne se puisse révoquer, non pas même le pacte social», questo costituisce l'esatta antitesi dottrinale del pensiero di Bonald, tutto proteso alla ricerca dei fattori essenziali alla ricostituzione della società civile in un processo di lungo periodo — un processo indispensabile affinché si ripropongano gradualmente e si istituzionalizzino nuove gerarchie tra le fonti normative, le funzioni sociali, le forze storiche, in una prospettiva non più soltanto nazionale, ma internazionale.

Tuttavia, come osserva Pastori, i nessi sociologici che Bonald considera necessari per la rifondazione e lo sviluppo del progresso istituzionale potranno essere ristabiliti solo a condizioni storico-epocali ben precise, assai difficili da conseguire. Tali nessi costitutivi sono tracciati da Bonald tra «leggi di superiore natura (codificate nella religione cattolica); leggi fondamentali della società civile (superiori all'esclusivismo etnico-nazionale e politico-funzionale, fino allora espressi rispettivamente dalle società naturali, dalla società religiosa, dalla società politica, e dai singoli livelli funzionali della stessa società civile); decisione politica (di attuazione — tramite la legislazione positiva — sia delle leggi universali che delle leggi fondamentali-costituzionali, in rapporto al variare delle situazioni sociali e delle condizioni storiche)» (p. 282).

Tutto ciò intende porsi al servizio del convincimento che la realtà umana si attua sì nella storia, ma sempre «alla ricerca di superiori parametri esistenziali, etico-religiosi, da realizzare con infaticabile contesa nel mondo politico» e che «per il suo insostituibile valore l'insieme di queste superiori acquisizioni non deve essere perduto ad ogni

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

generazione e ad ogni precipitare degli eventi, ma è un patrimonio da consegnare alle generazioni future, affinché lo utilizzino e sin dove è possibile lo perfezionino e lo sviluppino» (p. 292).

III

Il pensiero di Bonald risulta insomma, dalle tesi che Pastori sviluppa nel suo libro, come un pensiero della libertà politica coordinata in un quadro sociale organico, fatto non già di classi economiche rese frammentarie e conflittuali dal perseguimento dell'unico obiettivo dell'utilità individuale, ma di livelli funzionali complessi: «un insieme di sistemi, di etníe, di gruppi, di ceti, di ordini titolari di funzioni sociali, quali elementi distinti ma complementari nel fine supremo di conservare le prime acquisizioni e sviluppare incessantemente questo comune sodalizio» (p. 9). Per Pastori un simile organicismo, articolato, pluridimensionale, multifunzionale, «non trova alcuna corrispondenza nelle concezioni organicistiche, né di tipo classico, né di modello medievale, né — infine — di impronta totalitaria» (*ibid.*) e rappresenta pertanto un contributo originale della teoria sociale bonaldiana.

Non tutti gli uomini e non in tutti i tempi vi è un'eguale capacità o un'eguale opzione verso questo perfezionamento. Da qui, in Bonald, l'elemento innovativo presente nell'eterna ricerca della gerarchia delle fonti normative: la subordinazione della legislazione positiva alle leggi costituzionali della società politica, e di queste alle leggi fondamentali della società civile, basata sull'amore universale, anziché sull'amore particolare, esclusivo, relativo a singole società politiche, naturali, etniche, cetuali. E da qui anche la necessità di una gerarchia delle funzioni sociali: il relativo primato delle funzioni politiche, interagenti e complementari rispetto alle funzioni private, domestiche, economiche. Bonald si diffonde ad enumerare quelli che egli intende come «livelli funzionali della società civile», vedendo in essi altrettanti fattori potenti di aggregazione sociale (7).

---

(7) «Il primo livello, 'funzionale-civile' per eccellenza, consiste nella mediazione, nell'interposizione di un terzo polo, la società civile, tra le due tradizionali polarità della società religiosa e della società politica. Il secondo livello è quello 'funzionale-religioso': risulta dalla partecipazione-ricezione della funzione etico-religiosa di aggregazione dell'individuale nel generale, delle società naturali nella società politica, grazie ad un superiore paradigma accomunante ed universalistico. Il terzo livello è 'funzionale-politico', cioè relativo alla necessità che la compagine sociale sia resa coesiva dalla sovranità statuale, luogo dell'intersezione tra i livelli 'funzionale-politico', 'funzionale-religioso' e 'funzionale-giuridico'. Quest'ultimo è il quarto livello funzionale, quello cioè che consiste nella difesa giuridica della compagine, contro i pericoli interni, contro un'assolutizzazione di ognuno degli altri livelli funzionali che può assumere diverse sembianze. Equivalenti modalità di rescissione dalla globalità delle interazioni funzionali si possono infatti verificare a causa di: entificazioni della società civile (che invece sussiste solo in relazione al contesto istituzionale ed alla concreta capacità etico-politica dei

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Per Pastori «la denuncia, a tratti virulenta (né del resto immotivata) della distruzione economica e politica della nobiltà da parte dello Stato assoluto e di settori della borghesia, soprattutto finanziaria e mercantile, coglie nel vivo le trasformazioni della società tra XVIII e XIX secolo», ma — come si affretta ad aggiungere — «qui non c'è solo la profezia delle analoghe denunce di Proudhon e di Marx del prepotere della nuova feudalità, l'aggressivo ed esclusivista capitalismo moderno. C'è, soprattutto, la prefigurazione della *Versöhnung* hegeliana, quale ipotesi di una possibile riconciliazione dei ceti, ora tutti egualmente ridotti a classi economicamente antagoniste, e dunque non più aggregazioni titolari di una distinzione-interazione di funzioni civili, solo in minima parte spiegabili con una smithiana divisione del lavoro sociale» (p. 17).

Se è vero, come Pastori sembra intendere, che la riconciliazione prospettata da Bonald consiste in un progetto di rivitalizzazione e di sviluppo delle distinzioni e specializzazioni funzionali interrotte dall'assolutismo monarchico e dal successivo livellamento radical-giacobino, il nemico ideologico da abbattere è, per l'organicismo sociale bonaldiano, costituito — ben più che dalla Rivoluzione — dal volontarismo tendenzialmente arbitraristico che accomuna la teoria politica assolutistica alla dottrina giacobina della dittatura sovrana. La Rivoluzione, interpretata adeguatamente, integrerebbe anzi per Pastori un momento di «sviluppo istituzionale», sforzandosi di eliminare (almeno nelle sue primitive intenzioni) la visione verticalistica e asimmetrica del potere politico propria dell'assolutismo *ancien régime*. In tal senso la Rivoluzione sarebbe, in positivo, nient'altro che «una reazione patologica all'aggressione che il corpo sociale ha da tempo subìto da un'autorità disviata dalla sua giusta funzione di direzione politica e di indirizzo legislativo» (p. 226).

Passi significativi in questo senso non mancano in effetti in Bonald: «la révolution — egli sostiene — rendra au pouvoir en France la force nécessaire pour conserver la société, cette force qu'il avait perdue à mesure qu'il en avoit méconnu les véritables agens, et quelquefois exagéré l'action». «En effet, la révolution ayant développé les vérités sociales, on jugera plus distinctement qu'on ne le faisoit, qu'il est noble de se dévouer à l'utilité publique, et ignoble de se vendre aux plaisirs du public ...». Questo poiché vi è in essa una «commotion universelle, un renversement du monde social, qui, mettant à découvert le fond même de la société, permit d'en observer la constitution originaire, et les lois fondamentales,

---

singoli e dei ceti); settarismi 'religiosi'; dispotismi politici; tirannie militari; anarchie economiche.

Il quinto livello, 'funzionale-militare', esprime l'urgenza di una difesa armata contro i pericoli esterni. Infine, il sesto livello, 'funzionale-economico', assicura sia lo sviluppo delle scienze e delle arti, sia delle tecniche, degli strumenti e dei mezzi indispensabili al perfezionamento dell'ambiente fisico ed alla sopravvivenza materiale (pp. 14-15).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

semblables à ces tempêtes violentes qui soulèvent l'Océan jusque dans ses plus profonds abîmes, et laissent voir les bancs énormes de roches qui en supportent et en contiennent les eaux ...» (pp. 227-8).

Si ha però l'impressione che Bonald si riferisca in questi passi ad un concetto di rivoluzione idealizzato: un'immagine 'addomesticata' per meglio utilizzare gli strali polemici — una volta distolti dall'obiettivo di questo temibile nemico potenziale — contro l'ideologia volontaristica del potere sovrano, tendenzialmente arbitrario perché continuo artefice di una *tabula rasa* decisionistica che annienta le dimensioni «intermedie» della struttura sociale.

Bonald, chiaro fautore di queste dimensioni intermedie, tende erroneamente a vedere in esse il pacifico luogo della «*coutume*», ignorando che l'organismo sociale assai spesso, ben lungi dal riprodursi pacificamente, presenta rotture ed asperità insanabili, le quali richiedono provvedimenti di modifica costituzionale adeguati. È questo, a mio avviso, quello che si potrebbe definire il «momento di verità» della teoria schmittiana della sovranità, — di una teoria che va compresa nella sua natura di rimedio concettuale che la civiltà giuridica fino a non molto tempo fa riusciva ancora a contrapporre efficacemente proprio al flusso caotico di quei poteri sociali creduti dall'organicismo fonte di ordine e di pacificazione. In una situazione in cui l'*extremae necessitatis casus* è reso quotidiano ed il controllo dell'emergenza sembra costituire la funzione più adeguata dell'apparato giuridico, risulta — crediamo — quantomeno inopportuno seguire Bonald nel suo irenico organicismo, che ha il torto di presupporre un'immagine della società che da tempo non è più data.

Questo naturalmente non vuol dire che le indicazioni relative alla ricostruzione del tessuto etico della società civile siano oziose o prive di fondamento: esse appaiono tuttavia come poste su un piano logico differente, il piano dei princìpi che devono formare lo standard comune di ogni civile convivenza, i quali nulla dicono circa le tecniche giuridiche per la loro attuazione, ovvero circa l'opportunità o meno del ricorso, occasionalmente motivato, a decisioni politiche sovrane. Nessun rapporto di reciproca esclusione si dà, sul piano logico, tra decisione sovrana (certo, necessariamente 'infondata' sul piano morale) e compito di ricostruzione del tessuto etico della società civile. Tecnica giuridica la prima, attività etico-politica nel senso più pieno la seconda, convergono finalisticamente nell'identificazione dei comuni avversari. Ma la lotta non può essere condotta coll'ingenua credenza nel possesso di una verità sociale scaturente dalla vita operosa di organismi collettivi: l'ordine giuridico che le decisioni sovrane hanno sempre storicamente imposto è, come la vicenda dello Stato moderno ci mostra, un ordine artificiale, convenzionalmente costruito contro ogni buon senso organicistico e gettato sul tappeto privo di difese 'provvidenziali' dai rischi dell'entropia.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ENZO CHELI - MAURIZIO FIORAVANTI - RAFFAELE ROMANELLI

IL GIURISTA E LO STORICO DI FRONTE AL REGIME LIBERALE

(A proposito di: UMBERTO ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale,* Bologna, 1990)

Per chi conosceva con quale passione ed impegno Umberto Allegretti conducesse avanti da molti anni la sua ricerca sulla storia costituzionale dell'Italia unita, non vi poteva essere alcun dubbio sul fatto che il suo volume, risultato di quella ricerca, sarebbe stato destinato a sollevare una discussione ad ampio raggio, tale da penetrare fino ai caratteri fondamentali della nostra tradizione politico-costituzionale.

Così in effetti è stato; ed è per l'appunto di tale discussione, per la parte che ci è nota e che abbiamo a disposizione, che vogliamo dar conto al lettore. In particolare, si pubblicano qui gli interventi di Enzo Cheli e di Maurizio Fioravanti tenuti nel corso di un incontro svoltosi a Cagliari il 2 marzo 1990, e promosso dalle Facoltà cagliaritane di Giurisprudenza e di Economia e Commercio proprio per discutere il volume di Allegretti; e quello di Raffaele Romanelli, tenuto nel corso di un analogo incontro svoltosi a Firenze il 3 aprile 1990 per iniziativa del Dipartimento fiorentino di Teoria e Storia del diritto. Si vuole qui ricordare anche il contributo che in questa ultima occasione offrì Andrea Orsi Battaglini, e che per cause del tutto indipendenti dalla volontà del suo autore non ha potuto tradursi in forma scritta. D'altra parte, la discussione sui problemi sollevati da Allegretti è di quelle destinate a durare, e non mancherà quindi l'occasione giusta per proseguire il discorso avviato, magari ancora una volta sulle pagine di questa rivista.

Due parole ancora, se non altro per giustificare il titolo con il quale abbiamo inteso legare insieme i tre contributi (e che abbiamo furbescamente rubato all'amico Raffaele Romanelli, che così aveva intitolato il proprio): il giurista e lo storico di fronte al regime liberale.

In effetti, come sottolineano i tre contributi qui raccolti, Allegretti è di fronte al suo oggetto di ricerca, per l'appunto il regime liberale, nello stesso tempo storico, che di quel regime vuole cogliere i dati più essenziali e fondanti, e giurista, che a quel regime pone domande che molto hanno a che fare con i compiti costruttivi del presente, con un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

certo modo d'interpretare il punto al quale sono giunte le democrazie contemporanee. Del resto — come osserva giustamente Romanelli —, esiste ormai una vera e propria tradizione giuspubblicistica di studi storici sull'età liberale: basterà ricordare i nomi di Costantino Mortati, di Feliciano Benvenuti, di Mario Nigro, di Massimo Severo Giannini, di Giuliano Amato, e con essi di una schiera assai consistente di giuspubblicisti che in tempi più o meno recenti hanno fondato le loro ricostruzioni dogmatiche sul confronto con il trascorso regime liberale.

Ciò che però oggi abbiamo di nuovo con il volume di Allegretti è il tentativo di ricostruire non già questo o quell'istituto, o i semplici c.d. 'precedenti dottrinali', ma l'intero quadro generale di riferimento, ovvero la costituzione liberale complessivamente intesa.

Naturalmente, si tratta di un disegno a grandi linee, che dovrà essere verificato con indagini sul campo, attente a riconsiderare la concretezza delle istituzioni politiche ed amministrative dell'Italia liberale. Si riapre qui, di nuovo, il dialogo tra giuristi e storici, a condizione che i primi sappiano prendere contatto con quella infinita complessità che anche la società liberale, con le sue istituzioni, sicuramente produsse, al di là delle grandi stilizzazioni ideologiche; ed a condizione che i secondi, per parte loro, si rendano disponibili a beneficiare, nelle loro ricostruzioni, di un sapere specializzato e formalizzato come quello giuridico: il contributo di Romanelli, storico delle istituzioni e delle società liberali, si chiude in questo senso quasi con una sorta di 'appello' ai giuristi, che può e deve essere raccolto.

Come si vede, la discussione è destinata a proseguire, e con essa l'impegno di ricerca: se così sarà, parte non piccola del merito dovrà essere ascritta al lavoro, tenace ed appassionato, di Umberto Allegretti.

M. F.

ENZO CHELI

1. Non è facile parlare di un libro come questo nel tempo limitato concesso ad una presentazione. Non è facile sia per la complessità dell'impianto che per la profondità dell'analisi che caratterizzano queste pagine. La ricerca condotta da Allegretti si sviluppa per cerchi concentrici: il nucleo centrale è dato dalla storia del governo e dell'amministrazione dell'Italia liberale; da qui il cerchio si allarga verso l'esame del liberalismo italiano e delle sue matrici ideali; nella sua sfera più ampia la riflessione investe i caratteri universali di un modello di liberalismo cui viene commisurata l'esperienza italiana. La ricchezza di questo percorso costringe l'autore a impegnarsi in diverse tecniche di indagine. Per questo il libro non è soltanto — come ad una prima lettura potrebbe sembrare — un lavoro di storia costituzionale: è anche un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

libro di filosofia politica e di storia del pensiero, con talune aperture verso l'antropologia culturale. Ma il risultato della ricerca resta alla fine compatto e unitario. Il fatto è che, muovendo dalla ricostruzione della storia dello Stato liberale, Allegretti punta ad individuare alcune costanti della nostra identità nazionale, in grado di spiegare non solo la vicenda propria di questa forma di Stato, ma anche ciò che ha preceduto e che ha seguito tale vicenda nel nostro paese. In questa prospettiva di "lunga durata" i fatti vengono, di conseguenza, analizzati non in sé, ma per il loro valore sintomatico ai fini della percezione del tessuto più profondo della storia del nostro paese.

Muovendo da queste premesse, la ricchezza del lavoro nasce in primo luogo dalla nozione di costituzione che viene posta dall'autore a base della ricerca. La costituzione di cui Allegretti si occupa non è il documento costituzionale e neppure la "costituzione materiale" di Schmitt e Mortati: è qualcosa di più ampio che riassume anche la cultura ed il costume civile e politico di un certo paese. In quest'ottica la storia costituzionale non comprende soltanto l'analisi delle vicende che si collegano ad un testo costituzionale o ad una prassi di governo, ma è la storia di un'intera società sorretta da determinati fattori di coesione culturale e guidata da un governo.

2. Vediamo ora in rapidissima sintesi quali sono i contenuti dell'opera.

Oltre una introduzione sul problema storico dello Stato liberale ed una conclusione sull'eredità del liberalismo, il libro si compone di una prima parte dedicata al modello di ordinamento liberale e ai principi fondamentali che ne ispirano la sua filosofia (individualismo; proprietà; mercato); di una seconda parte che investe i caratteri del liberalismo italiano e i suoi limiti (indicati nell'"incertezza filosofica" e nell'"insufficienza empirica"); di una terza parte dove si esaminano il processo di costruzione dello Stato liberale italiano e le vicende del regime statutario; di una quarta parte incentrata sull'analisi delle strutture pubbliche (di governo, amministrative e giudiziarie) e della realtà economica e culturale di tale Stato.

Queste parti della ricerca — ognuna delle quali potrebbe costituire un'opera a sé — risultano tra loro legate da una linea ispiratrice, che è quella che affiora dallo stesso sottotitolo del volume: individualismo e assolutismo. Sono queste, infatti, le due connotazioni intorno a cui si snoda l'intero percorso dell'analisi. Connotazioni decisamente negative, destinate ad esprimere le degenerazioni dei due maggiori nuclei originari della filosofia liberale: del nucleo che persegue la emancipazione dell'uomo e la conquista delle libertà (che, nella visione dell'autore, condurrà all'egoismo proprietario e all'ingiustizia sociale) e del nucleo che si collega alla ricomposizione dello Stato nazionale attraverso la sovranità (destinato poi a sfociare nell'assolutismo statale).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Su questa linea la ricerca di Allegretti si sviluppa attraverso alcuni passaggi fondamentali.

Primo passaggio. Nel quadro delle esperienze liberali europee il liberalismo italiano presenta caratteri del tutto peculiari, che risultano meno originali e più incerti di quelli propri dei corrispondenti modelli stranieri. Il liberalismo italiano è, pertanto, un liberalismo "secondario" (o debole), non animato da spinte di pensiero forti e originali.

Secondo passaggio. Il liberalismo "secondario" conduce alla costruzione di un modello "statocentrico indebolito", caratterizzato dalla presenza di uno Stato retto da una classe oligarchica di ispirazione moderata, che usa il compromesso come prassi ordinaria di governo. Uno Stato dove le istituzioni rappresentative sono fragili, le libertà limitate e mal garantite e tutta la forza si concentra nel Governo e nell'amministrazione. Questo modello valorizza al massimo il principio di sovranità statuale, che da un lato conduce alla contrapposizione tra Stato ed individuo, dall'altro tende ad annullare la rilevanza del tessuto sociale intermedio.

Terzo passaggio. Questo modello di Stato liberale risulta naturalmente predestinato alla svolta autoritaria del regime fascista. Il fascismo con i suoi caratteri totalizzanti di "regime reazionario di massa" è portato ad usare come propri canali naturali le istituzioni già costruite dallo Stato liberale.

Quarto ed ultimo passaggio. Alcuni caratteri negativi dello Stato liberale (che si collegano all'individualismo ed alla centralizzazione) si perpetuano fino ai giorni nostri e rendono problematico il consolidamento della democrazia italiana. Pur nel quadro di un disegno costituzionale profondamente diverso da quello statutario, anche l'esperienza repubblicana resta pur sempre segnata — nella visione di Allegretti — da un limite di fondo, legato all'eccesso di individualismo che permea il tessuto sociale ed alla scarsa sensibilità per il momento pubblico. In questo quadro, la nota dominante della realtà contemporanea italiana viene individuata nella corsa al benessere ed all'arricchimento individuale, con una forte attenuazione dei vincoli di solidarietà sociale.

Siamo dunque in presenza di un affresco di grandi dimensioni, dove al centro si cerca di illustrare la "grandezza" e la "miseria" dello Stato liberale nella storia italiana. Un affresco pieno di luci ed ombre, ma dove, alla fine, le ombre sembrano prevalere nettamente sulle luci.

3. Se dovessi dare un giudizio complessivo, direi che di questo affresco — che suscita ammirazione per la vastità del suo impianto — si può condividere più la costruzione del disegno che le tonalità del colore, che a mio avviso andavano forse più sfumate nelle ombre ed accentuate nelle luci.

Vorrei solo accennare a due aspetti: uno che riguarda la costruzione dello Stato liberale; l'altro l'attuale ordinamento repubblicano.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Nella costruzione dello Stato liberale l'Italia ha dovuto affrontare nel corso dell'ottocento difficoltà sicuramente maggiori di quelle incontrate dagli altri Stati europei. Ha dovuto cioè costruire l'unità nazionale e l'indipendenza politica, superando alcune condizioni negative di partenza che non si manifestavano con uguale intensità nelle altre esperienze europee. In primo luogo, una situazione geografica e politica di grande frammentazione (che rendeva l'esperienza italiana molto diversa da quella francese). In secondo luogo, una presenza molto influente della Chiesa cattolica, con la sua politica universale ed antinazionale (che differenziava notevolmente la situazione italiana da quella inglese, dove il liberalismo aveva trovato la prima spinta nella riforma protestante). In terzo luogo, una forte disomogeneità economica non solo tra le classi, ma anche tra le regioni (che accentuava le divergenze dall'esperienza tedesca).

Ma nonostante la presenza di tutti questi fattori — che spingevano o verso la disgregazione o verso la centralizzazione forzata dello Stato — l'indipendenza fu raggiunta e l'unità fu saldata. Il risultato — bisogna riconoscerlo — non fu di poco conto e richiese certamente un pedaggio elevato che non poteva non contribuire ad alterare in concreto l'applicazione nel nostro paese del modello ideale di Stato liberale.

Ma anche per quanto riguarda le vicende successive al fascismo e la costruzione dell'ordinamento repubblicano sarei portato ad adottare una visione meno pessimista di quella che emerge da questo volume.

Lo Stato liberale aveva costruito l'unità politica del paese, ma non aveva determinato una sua unificazione sul piano economico, sociale e culturale. Il fascismo, a sua volta, aveva determinato una unificazione soltanto apparente e di facciata. Quando la Repubblica nasce il carattere dominante del nuovo ordinamento è dato dalla sua disomogeneità. Una forte disomogeneità politica, che è peraltro il risultato della disomogeneità sociale, economica e culturale. Ed è proprio questa disomogeneità che spiega le scelte di fondo operate nella carta del 1948, dal momento che il problema storico fondamentale che i nostri costituenti si trovarono ad affrontare fu quello della preservazione della democrazia in un terreno sociale fratturato e, pertanto, potenzialmente orientato verso sbocchi autoritari.

Ora, mi sembra che la chiave di lettura della nostra esperienza repubblicana debba proprio partire da qui e sia tale da condurre ad una valutazione, nel complesso, positiva della sua storia. Il fatto è che nell'arco di questa esperienza la società italiana ha affrontato un percorso che ha condotto gradualmente dalla disomogeneità verso una maggiore omogeneità, cioè verso la conquista ed il radicamento di alcuni valori di fondo comuni, in larga parte coincidenti con quelli richiamati nella prima parte della carta repubblicana. L'Italia si è andata dunque trasformando, in questi quarant'anni, da una società semplice, ma disomogenea in una società complessa, ma sostanzialmente omoge-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

nea, in quanto coesa intorno ad alcuni valori diffusi, propri della democrazia e della tolleranza civile. Il processo di unificazione iniziato nel corso del Risorgimento si è così avviato a compimento e la nostra società, pur con tutti i suoi squilibri evidenti, si è venuta a collocare, anche sul piano dei valori civili, al livello delle società europee dove la democrazia risulta più radicata e dove le libertà hanno acquistato da tempo maggiore spessore.

4. Vorrei aggiungere un'ultima notazione. Nella storiografia italiana i lavori di storia costituzionale sono abbastanza rari. Accanto alle opere più note di Arangio Ruiz, Maranini e Ghisalberti, gli esempi anche recenti di lavori organici in questo settore restano, nel complesso, molto limitati. Le ragioni di questa scarsa produzione vanno probabilmente ricercate nelle difficoltà, anche di metodo, che la storia costituzionale comporta. Il fatto è che lo storico delle costituzioni deve avere padronanza degli strumenti propri della storia, ma anche disporre delle tecniche di analisi proprie del giurista e percepire, al tempo stesso, la sostanza politica che caratterizza la materia costituzionale.

Mi sembra che tutte queste qualità si ritrovino nel lavoro di Allegretti e concorrano a mettere in luce l'importanza e l'audacia di una impresa che ha richiesto una lunga maturazione e che fa molto onore alla cultura nel nostro paese.

MAURIZIO FIORAVANTI

Recensire il volume di Umberto Allegretti non è certo cosa semplice. Non già perché l'autore non parli un linguaggio chiaro, o perché la sua opera sia di difficile interpretazione; anzi, il volume può dirsi da questo punto di vista assolutamente esemplare, fondandosi su tesi dai contorni netti e del tutto definiti, che vengono continuamente esposte, e sulle quali si argomenta in modo limpido e convincente. Le difficoltà del recensore sono dunque altre, ed attengono al particolare ed originale processo, culturale e d'impegno civile, che ha condotto Allegretti a scrivere questo volume. È più che altro questo processo che vorremmo qui portare alla luce, perché solo tenendo conto delle motivazioni più profonde dell'impegno di ricerca dell'Autore si può al meglio valutare l'importanza del contributo che egli offre.

Iniziamo rovesciando il volume, e prendendo quindi le mosse dalle ultime pagine, dedicate alla democrazia repubblicana. È in queste pagine, infatti, che esce fuori, a nostro parere, *la domanda di fondo*, da cui tutta la ricerca è scaturita. In sostanza, Allegretti si chiede: quanto la società e le istituzioni repubblicane, quelle che concretamente abbiamo nella loro effettività, rispecchiano davvero i princìpi costituzionali del 1948? Quanto sono veramente penetrati nel concreto tessuto

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della pratica sociale e politica i princìpi fondamentali della nostra costituzione, dal principio democratico a quello pluralista, dal principio di eguaglianza a quelli di tutela del lavoro e della persona, fino al principio di solidarietà?

Dietro a domande di questo tipo vi è, evidentemente, la travagliata storia della attuazione della nostra costituzione, ed in particolare delle sue norme di principio. Si tratta di una storia apertasi già all'indomani del 1948, quando, con la celebre distinzione tra norme immediatamente precettive, e norme c.d. 'programmatiche', si puntò a depotenziare il valore normativo della costituzione, tentando di circoscriverlo nei confini di una semplice riscrittura di alcune regole organizzative dello Stato-apparato.

Dobbiamo allora a nostra volta chiederci, sulla scia di Allegretti: si tratta di polemiche ormai irrimediabilmente vecchie, superate dalle successive conquiste in senso democratico? Si può davvero affermare che è stato ormai seccamente sconfitto il tentativo degli anni Cinquanta di depotenziare il valore innovativo della costituzione, e che essa è davvero divenuta *la norma fondamentale* della esperienza repubblicana?

Allegretti risponde a queste domande in modo recisamente negativo. Non già perché egli sia fermo al clima politico e culturale degli anni Cinquanta, o perché sia portato a sottovalutare quanto in seguito si è fatto in attuazione della costituzione. Il motivo dello scetticismo dell'Autore circa il grado di effettiva penetrazione dei princìpi costituzionali nelle nostre istituzioni e nella nostra società è un altro, e dipende da presupposti culturali più generali, che conviene subito esplicitare.

Per Allegretti, la costituzione è prima di tutto *un sistema di valori*, un complesso di princìpi che danno come risultante *un indirizzo fondamentale, o costituzionale*, che deve prescrittivamente orientare l'azione di tutti i poteri, pubblici e privati. In ciò, il nostro Autore è certamente erede di una tradizione di pensiero che muove dagli anni Trenta e Quaranta, dalla scoperta, con personaggi come Costantino Mortati e come Vezio Crisafulli, del possibile valore normativo vincolante delle norme di principio (1), per giungere poi, attraverso la battaglia per l'attuazione della costituzione poco sopra nominata, alle dottrine della costituzione in senso materiale o dei princìpi costituzionali come base prima per l'interpretazione, e l'evoluzione, di tutte le disposizioni normative vigenti (2).

---

(1) Sia consentito qui rinviare, a questo proposito, a M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990; ed in forma più sintetica ad ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, 1990.

(2) Su questi punti, è esemplare per chiarezza la trattazione manualistica di A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, pp. 321 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Ora, ciò che Allegretti mette in luce nelle ultime pagine del suo volume è il fatto che la costituzione repubblicana, a suo giudizio, non è riuscita a divenire sul serio, e fino in fondo, la norma fondamentale della nostra società e delle nostre istituzioni nel senso specifico indicato dalle dottrine sopra ricordate; ovvero non è riuscita a divenire *l'indirizzo fondamentale* cui si debbono conformare nella loro azione tutti i poteri rilevanti sul piano collettivo. In altre parole, è la costituzione *come sistema di valori*, come complesso di princìpi — di eguaglianza, di tutela del lavoro e della persona, di solidarietà —, a risultare, secondo Allegretti, solo parzialmente efficace rispetto ad una società — ed alle sue istituzioni — che ha evidentemente *i propri valori*, sedimentati in una pratica fino ad ora sfuggita alla forza pervasiva dei princìpi medesimi.

È da questa valutazione del proprio presente che ha preso le mosse Umberto Allegretti nella sua ricerca; chiedendosi, cioè, quali siano i motivi di una così profonda resistenza ad una integrale attuazione della costituzione come sistema di valori e di princìpi. È questo un primo punto fermo da fissare in modo preciso, non solo perché da qui muove tutto il resto, ma anche perché, naturalmente, si può dissentire da questa valutazione di fondo dell'Autore, relativa al grado di presenza effettiva dei princìpi costituzionali nella vita concreta della nostra società e delle nostre istituzioni. Anzi, noi crediamo che Allegretti sia ben consapevole di quanto la sua voce sia oggi, per certi versi, decisamente eterodossa, proprio per questa sua forte sottolineatura della necessaria pervasività dei princìpi costituzionali.

Non che l'odierna dottrina costituzionale possa negare valore normativo pieno a quei medesimi princìpi fondamentali, contenuti nei primi articoli della costituzione, ed in tutta la sua prima parte; e tuttavia non manca chi sostiene che questa dimensione, che è poi quella più volte nominata della costituzione come indirizzo fondamentale, pur dovendo rimanere operante, nella produzione normativa, come anche nelle pronunzie di carattere giurisdizionale, abbia in sostanza già svolto la sua funzione costruttiva di fondo, nel senso che abbia già contribuito per la sua parte ad uniformare la società e le sue istituzioni sulla base dei valori costituzionali democratici.

Seguendo questa linea interpretativa, evidentemente diversa da quella di Allegretti, le lacune e le inadempienze che ancora oggi sono presenti — e che pure sono sotto gli occhi di tutti — non sono affatto da attribuire ad una presunta debolezza del sistema dei valori costituzionali di fronte alle resistenze della società e delle istituzioni politiche — come per l'appunto sostiene Allegretti —, ma ad un apparato pubblico vecchio ed inefficiente, incapace di decidere e di programmare, troppo esposto alla pressione ed ai condizionamenti delle parti sociali e politiche: è la seconda parte della costituzione, piuttosto che la

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

prima, a dover attrarre l'attenzione dei giuristi, con l'avvio di una necessaria opera di riforma istituzionale.

Abbiamo insistito su questi aspetti preliminari perché riteniamo che la ricerca di Allegretti nasca da queste domande rivolte al presente, da questo odierno dibattito sul posto che la costituzione occupa, o dovrebbe occupare, nelle società e nei sistemi politici contemporanei. In altre parole, il nostro Autore pensa che le inefficienze ed i ritardi delle nostre istituzioni pubbliche — non di rado traducentesi in vere e proprie situazioni d'ingiustizia sostanziale — non siano spiegabili solo sul versante della organizzazione dello Stato, e non siano quindi rimediabili esclusivamente con un'opera di riforma in senso organizzativo; egli pensa, piuttosto, che si sia di fronte ad una sorta di vera e propria ineffettività del sistema di valori disegnato nel 1948, o più precisamente alla presenza *di un tipo di rapporto tra Stato e società* che ha radici storiche profonde, e che è a sua volta ispirato a princìpi di fatto contrapposti a quelli scelti nel momento in cui si fondava la democrazia repubblicana. Si ha insomma, per dirla in breve, *un doppio sistema di valori*: da una parte quello contenuto nella Costituzione del 1948, e dall'altra quello che corrisponde ad una lunga tradizione che la costituzione stessa non è riuscita a superare compiutamente. Per Allegretti, è dunque necessario affrontare di petto, e frontalmente, questo nodo; ed è quindi necessario capire fino in fondo dove stiano le radici di questa tradizione contro la quale è andata ad impattare la volontà di rinnovamento presente nella costituzione democratica.

Da qui il bisogno di storia, e la necessità di risalire agli elementi primi del nostro modello sociale e politico, per scoprire in essi il nucleo fondamentale che contrasta, secondo Allegretti, il processo d'integrale attuazione della costituzione come sistema di valori.

Ma quali sono, alla fine, questi 'elementi primi', che secondo il nostro Autore peserebbero in modo ancora così decisivo e condizionante sulla nostra realtà sociale e politica? In ultima analisi, questi elementi sono due: il *privatismo economico* e lo *statualismo*; e si ritrovano, non solo nella storia costituzionale italiana, ma anche nel modello politico liberale generalmente inteso, al quale, non a caso, sono dedicate le prime centoquaranta pagine del volume. Esaminiamo ora partitamente i due elementi sopra nominati, per esaminare poi le loro connessioni interne.

Prendiamo le mosse dal primo, ovvero dal 'privatismo economico', ed iniziamo con un'osservazione di carattere generale che l'Autore certamente condivide: senza una qualche forma di 'privatismo' non esisterebbe, e non sarebbe mai esistito, il costituzionalismo stesso, inteso come specifica tecnica di limitazione del potere a fini di garanzia, di protezione e tutela dei diritti e delle libertà. Che Allegretti condivida questa osservazione è dimostrato, tra l'altro, dal positivo apprezzamento che egli rivolge al significato liberale della tradizione storica

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

britannica di *common law* nella lotta contro l'assolutismo politico (pp. 282 e ss.).

Dunque, il privatismo economico cui si riferisce lo stesso Allegretti in termini fortemente critici è altra cosa, che deve essere opportunamente precisata. È l'aggettivazione 'economico' a risultare decisiva in proposito. Infatti, per il nostro Autore il privatismo economico è quel principio direttivo che indica *una precisa gerarchia tra le libertà fondamentali*, ponendo al primo posto la proprietà privata individuale, e gli aspetti patrimoniali in genere, e più complessivamente facendo del mondo della appropriazione e dello scambio il luogo centrale e costitutivo dell'esperienza liberale, quello che produce i valori costituzionali primi.

Nella vicenda storica del privatismo economico si possono individuare vari momenti, ed aspetti, che conviene distinguere ed enucleare. Intanto, il momento fondante, per cui la tavola delle moderne libertà, già con il giusnaturalismo, e quindi prima delle rivoluzioni di fine Settecento, si costruisce tutta sul modello del diritto di proprietà individuale inteso come *jus excludendi alios* (pp. 36 e ss.), e dunque presupponendo il concetto fondamentale dell'individuo come valore in sé, che si realizza come tale al di fuori delle relazioni con gli altri individui: *l'individuo arelazionale*, piuttosto che *l'individuo situato*, come Allegretti ripete spesso nelle pagine del suo volume.

È questo un punto delicatissimo poiché, se da una parte, in tal modo, il discorso di Allegretti si proietta sui diritti sociali contemporanei, che sono, per l'appunto, diritti dell'individuo situato, e non dell'individuo isolatamente preso; dall'altra, la critica al diritto soggettivo moderno inteso come diritto di agire al di fuori di costrizioni o impedimenti, e quindi come diritto dal contenuto potenzialmente indefinito, che non si situa all'interno di alcun rapporto pre-costituito, rischia ad ogni momento di confinare, o anche di confondersi, con quella critica agli stessi diritti dell'uomo e del cittadino che muove dall'apologia del 'buon diritto antico', ovvero dal positivo apprezzamento — che non è certo proprio di Allegretti, per altro (p. 45) — per una situazione pre-moderna, in cui il diritto è naturalmente *misura del rapporto*, e non *strumento di esplicazione* delle volontà individuali (3).

Comunque sia, l'intento di Allegretti è quello di mostrare come il privatismo economico celebri il suo punto più alto in età post-rivoluzionaria, per distendere i suoi effetti fino al nostro presente, inibendo così — come abbiamo visto nelle nostre considerazioni preliminari — il

(3) Si veda, ad esempio, la critica ai diritti dell'uomo di M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, rist. 1990; ed in forma più sintetica ID., *Note critique sur les droits de l'homme*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, vol. I°, München, 1982.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

processo d'integrale attuazione della costituzione come sistema di valori.

Diciamo, intanto, che la storia di questa continuità, da ieri ad oggi, non può essere la storia del codice civile come statuto fondamentale della società dei privati, contenente i grandi princìpi della responsabilità e della autonomia contrattuale. È noto, infatti, quanto le cose siano cambiate, sotto questo profilo, dall'Ottocento alla situazione odierna, che presenta una legislazione civilistica largamente decodificata, dispersa in molteplici minute normazioni di settore, e dunque, come tale, ben più incapace, rispetto all'Ottocento, di produrre princìpi generali, che valgano addirittura come princìpi costituzionali, magari in concorrenza con i princìpi formalmente fissati nelle costituzioni.

Il fatto è che per Allegretti la dominanza ottocentesca del codice tra le fonti di diritto era a sua volta espressione di qualcosa di più generale e complessivo, che egli chiama per l'appunto privatismo economico, e che è ciò che, a suo giudizio, ancora oggi, al di là dei mutati sistemi normativi, esplica la sua efficacia determinante nella configurazione delle relazioni sociali e politiche costituzionalmente significative.

Certo, oggi nessuno potrebbe più sottoscrivere le affermazioni del Gerber del 1852, che invitava i giuristi del tempo a costruire i diritti pubblici soggettivi degli individui sul tipo fondamentale dei diritti privati patrimoniali, gli unici ad appartenere, a suo giudizio, in modo concreto e stabile agli individui medesimi, ben al di là, ed anzi contro, la filosofia rivoluzionaria della 'cittadinanza', da rifiutare in blocco, e comunque da cassare, anche come parola, dal vocabolario dei giuristi (4). È, del resto, se sentiamo come distanti da noi i grandi regimi politici liberali della fine dell'Ottocento e dei primi del Novecento — come quello giolittiano in Italia, o la Terza Repubblica in Francia, o il Secondo Impero in Germania —, è proprio perché essi si costruirono presupponendo l'inessenzialità, ed anche la pericolosità, di un *catalogo delle libertà fondamentali*: rimane memorabile, a questo proposito, la critica di Carrè de Malberg alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino dell'89, da lui ridotta a mero testo storico, del tutto privo di valore normativo, mille miglia distante dal diritto positivo statale concretamente vigente (5).

Tuttavia, il fatto che molto sia mutato non significa, per Allegretti, che il passato non continui ad esplicare il suo peso determinante sul presente. Infatti, per il nostro Autore ciò che rimane sempre presente, anche oggi, è *il tipo di relazione* che l'età liberale instaurò tra il

---

(4) Ci riferiamo a C. F. von GERBER, *Diritto pubblico* (1852 e 1865), tr. it., Milano, 1971.

(5) Per queste problematiche, ed in genere per una stilizzazione formale delle varie dottrine delle libertà in età moderna, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pubblico-costituzionale da una parte, ed il civile-economico dall'altra, intesa come relazione di *decisa subordinazione* del primo al secondo. A ciò è da ricondurre, a suo giudizio, la persistente difficoltà dei regimi politici democratici contemporanei a programmare e riformare in sintonia, ed in attuazione, ed in linea con i princìpi e con i valori costituzionali. Un'opera di questo genere non si troverà più di fronte la vecchia società liberale del codice, ed incontrerà più probabilmente sulla propria via — come in effetti oggi accade — una serie piuttosto intricata e complessa d'interessi organizzati, più o meno politicamente mediati dal sistema dei partiti e dai sottogruppi di cui questo si compone, ma il risultato ultimo è il medesimo: la costituzione come sistema di valori, come indirizzo fondamentale, non può e non deve penetrare in quella sfera politico-economica in cui vige il principio della libera negoziazione tra gli interessi e le forze effettivamente operanti.

Qui sta, dunque, l'elemento di continuità nella storia di ciò che Allegretti chiama 'privatismo economico'. Sta nel fatto che *il sistema degli interessi economici*, sia esso quello dei proprietari nei codici del secolo scorso, o quello dei gruppi organizzati così presenti nei sistemi politici contemporanei, *precede il sistema dei valori costituzionali*, in modo da circoscrivere nettamente la loro esplicazione effettiva nei rapporti sociali e politici.

Diviene allora più chiaro quale sia l'obiettivo polemico del nostro Autore, che è il medesimo, sia quando egli analizza il modello politico liberale, sia quando egli discute del presente: è un regime imperniato sulla netta dominanza della componente economico-patrimoniale, che risolve *il fondamentale rapporto interesse-virtù* (6) emarginando la seconda e valorizzando a senso unico il primo, e che quindi tende a circoscrivere il ruolo della stessa costituzione, al massimo cornice entro cui sviluppare un gioco tra gli individui e le forze sociali e politiche sostanzialmente libero nei fini, e ben più difficilmente — come invece Allegretti vorrebbe — sistema di valori capace di orientare lo sviluppo dell'intera collettività.

Sorge a questo punto spontanea una domanda: questa costituzione come indirizzo fondamentale ha anch'essa, a sua volta, le sue paternità? Quale esperienza storica concreta si può richiamare in opposizione al modello liberale fondato sul primato degli interessi economico-patrimoniali?

Non v'è dubbio che nella ricostruzione di Allegretti questa esperienza sia data dalla Rivoluzione francese, dalle Dichiarazioni dei diritti, dalla Assemblea Costituente (pp. 265 e ss.). Non che Allegretti dedichi

(6) Sul rapporto cui alludiamo nel testo sarebbe necessario discutere a lungo. Rinviamo il lettore a L. JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, 1989; ed in forma più sintetica ad ID., *Il dibattito rivoluzionario su virtù e interessi*, in « Filosofia politica », III/2 (1989).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

un'attenzione specifica alla Rivoluzione nei suoi vari aspetti; e tuttavia è certo che essa sia sempre sullo sfondo della sua trattazione, servendo funzionalmente a rappresentare l'alternativa al modello costituzionale criticato.

Infatti, la Rivoluzione, intesa come movimento ascendente dall'89 al '93 — in ciò Allegretti segue esplicitamente l'interpretazione gramsciana, che del resto è largamente presente anche nella analisi dei caratteri fondamentali della nostra storia nazionale (pp. 208 e ss.) —, rappresenta in questo contesto il grande tentativo di spezzare il dominio degli interessi — che allora erano essenzialmente i privilegi aristocratici —, al fine di ricostruire un'unità di fondo basata sulla virtù dei cittadini, sulla condivisione di alcuni valori di base, in una parola su qualcosa di molto vicino alla dottrina contemporanea della costituzione come indirizzo fondamentale.

Non c'è però solo questo aspetto, che — come abbiamo visto — oppone la Rivoluzione al privatismo economico post-rivoluzionario. La Rivoluzione stessa rappresenta anche, per Allegretti, un modello di azione politica di tipo nettamente *sociocentrico*, che implica una dominanza della società, e del popolo, sullo Stato-apparato (pp. 279 e ss.). Il fatto che quella Rivoluzione abbia alle spalle la grande tradizione dello Stato assoluto, e sia poi seguita dalle grandi sintesi statualistiche napoleoniche, non indebolisce, a giudizio dell'Autore, il fatto che essa sia il luogo storico in cui con più forza si è rovesciato il modello politico, iniziando dal basso, dal potere originario del popolo di decidere i caratteri complessivi del modello medesimo.

Per questo motivo, la Rivoluzione rappresenta l'alternativa, non solo al privatismo economico — come già abbiamo visto —, ma anche al secondo carattere fondamentale del liberalismo, ovvero allo *statualismo*. I due aspetti si unificano nella dimensione della *Assemblea Costituente*: è infatti nella dimensione costituente che il popolo si emancipa dalla doppia dominanza dell'interesse economico e della sovranità statuale, affermando contro entrambi la sua identità piena di soggetto politico originario.

Siamo così transitati, discorrendo della Rivoluzione, dal privatismo economico allo statualismo, al quale Allegretti dedica molte delle pagine del suo volume (spec. pp. 90 e ss.). Si tratta — lo ricordiamo ancora una volta — della seconda componente di base del modello politico liberale, che Allegretti considera talmente radicata nella storia costituzionale post-rivoluzionaria da essere ancora ben presente, ed operante, nella nostra effettività politica e sociale, esattamente come il già noto privatismo economico.

Diciamo subito questo: Allegretti rompe decisamente quello schema che vuole che lo statualismo dell'età liberale sia tutto derivato dallo Stato assoluto, sia una sorta di peso della tradizione, del quale non si riesce a liberarsi completamente. L'Autore sottolinea anche quest'a-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

spetto (pp. 107 e ss.), ma non fa di esso il cuore della sua trattazione. Quest'ultima si sposta invece sui *caratteri originali e propri* dello statualismo liberale, che si formano in modo nuovo ed autonomo in età post-rivoluzionaria, e sulla base di una certa valutazione della Rivoluzione stessa.

In tal modo, il nostro Autore contribuisce non poco a demitizzare l'immagine — ancora oggi così diffusa — dello Stato liberale come Stato c.d. 'minimo', che nasce con il fine esclusivo — come afferma anche l'articolo secondo della Dichiarazione dei diritti dell'89 — di conservare, e meglio tutelare, i diritti dell'individuo. In realtà, proprio la critica liberale alla Rivoluzione — dalla quale nasce sicuramente, anche secondo Allegretti, buona parte dell'identità politica del liberalismo — assume già dai primi decenni del secolo diciannovesimo un chiaro significato statualistico, che raggiungerà il suo punto più alto nell'ultimo quarto di quel secolo, e fino alla prima guerra mondiale, con la grande fioritura della dottrina giuspubblicistica dello Stato di diritto, in Francia con la Terza Repubblica, in Italia nel corso dell'età giolittiana, in Germania con il Secondo Impero.

Si tratta, per dirla in una parola, della critica liberale *al contrattualismo rivoluzionario*, all'idea che lo Stato, e la costituzione, derivino la loro autorità dal basso, dalla volontà dei consociati. In ciò è vista la radice prima della instabilità delle istituzioni politiche post-rivoluzionarie, cui il liberalismo intende porre rimedio, pretendendo di rappresentare una società civile ormai al di là delle smanie costituenti rivoluzionarie, che si limita a chiedere condizioni più stabili di esercizio delle prerogative politiche.

Qui sta appunto l'origine dello statualismo liberale, nel discostarsi netto del liberalismo dalle ideologie rivoluzionarie del potere costituente e della sovranità popolare, nell'affermare *la sovranità dello Stato*, non più solo di fronte al principio monarchico ed ai privilegi aristocratici e signorili, ma anche di fronte alle pretese del popolo, e dei consociati, di decidere sui caratteri fondamentali del modello politico.

Inutile aggiungere che tutto questo avrà il suo naturale sbocco — come sopra si diceva — nella dottrina giuspubblicistica dello Stato-persona, con la quale si giungerà, in questa linea, a considerare il popolo stesso come organo dello Stato, superando così del tutto quella drammatica dualità tra potere costituente e poteri costituiti che la Rivoluzione aveva introdotto.

Non vorremmo insistere più a lungo su questi aspetti, ed in particolare su quelli specialistici relativi alla giuspubblicistica europea tra Otto e Novecento, se non per ricordare come tutta questa vicenda dello statualismo liberale trovi un terreno altamente significativo di esplicazione nell'amministrazione (pp. 109 e ss.), con le dottrine dello Stato amministrativo, e con l'invenzione della figura dell'atto amministrativo imperativo, sconosciuta allo Stato assoluto, ed intesa come

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

forma privilegiata di espressione della sovranità dello Stato-persona e dello Stato-apparato.

È piuttosto necessario tornare ora alla questione generale dei modelli costituzionali, anche perché la novità della ricerca di Allegretti — proprio in quanto ricerca che scaturisce dalle meditazioni di un giurista — è in fondo quella d'inserire il confronto con la dottrina giuspubblicistica ottocentesca e del primo Novecento in un quadro più ampio, che è appunto quello dei modelli costituzionali.

Noi sappiamo ora, anche se molto per linee generali, cosa sono per il nostro Autore il privatismo economico e lo statualismo. Rimane ora da aggiungere che dall'incontro tra l'uno e l'altro nasce, secondo Allegretti, *il modello costituzionale liberale*, ovvero quel modello che ha orientato lo sviluppo della società e delle istituzioni nel corso dell'Ottocento, giungendo poi — come già sappiamo — a condizionare in modo decisivo anche l'esperienza del presente; e rimane quindi da chiarire in quale modo avviene l'incontro tra le due componenti del modello liberale.

Per dirla in breve, si può affermare che il privatismo economico e lo statualismo stanno insieme perché nascono dalla stessa critica, che è quella che il liberalismo dirige *al potere costituente della Rivoluzione.* C'è qui, per così dire, una sorta di marchio d'origine, che determina tutta la vicenda successiva, legando tra loro, a doppio filo, il privatismo economico e lo statualismo. È un legame che si stabilisce per l'interesse comune a combattere, e superare, una visione del costituzionalismo come processo di costruzione, a partire dal potere costituente dei consociati, di una tavola di valori e princìpi che determini l'identità complessiva di una certa collettività e dei suoi poteri.

È questa la dimensione che manca nel modello costituzionale liberale — l'Autore scrive significativamente nella introduzione che una *Verfassung* è fatta anche di 'assenze' (p. 25), ovvero di ciò che si è espunto e rifiutato, come nel caso del potere costituente della Rivoluzione rispetto alla *Verfassung* liberale europea —; ed è su questa 'assenza' che prosperano insieme, ed inscindibilmente, il privatismo economico come priorità del sistema degli interessi economici nei confronti del sistema dei valori costituzionali, e lo statualismo come priorità dello Stato sovrano nei confronti del potere costituente dei consociati.

Un'ultima domanda rimane ora da formulare, prima di giungere a qualche riflessione di carattere conclusivo: come s'inserisce il 'caso italiano' entro il quadro generale dato dal modello costituzionale liberale (7)?

---

(7) Ci limiteremo in questo caso ad alcune osservazioni di carattere sintetico. La cosa non deve sembrare paradossale nella recensione ad un volume dedicato alla storia costituzionale italiana. Infatti, c'è da chiedersi, dopo essersi confrontati con la ricerca di

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Direi che s'inserisce a pieno titolo, nel senso che Allegretti, riprendendo le note tesi gramsciane, interpreta la nostra storia costituzionale proprio sulla base della grande 'assenza' di cui sopra si discuteva, che è poi *l'assenza della Costituente* (pp. 208 e ss.). Si ha quindi una Carta, come lo Statuto, che si fonda proprio sul rifiuto della dimensione costituente, che non mette in crisi radicalmente la prerogativa regia, che non crea un catalogo vero e proprio di libertà fondamentali. Dietro a tutto ciò vi è, ancora una volta, il grande riferimento, profondamente temuto, della Rivoluzione, l'assenza in Italia di un qualche ruolo rilevante del partito giacobino — Gramsci, di nuovo —, il dominio incontrastato del moderatismo.

Ma c'è anche di più. Infatti, Allegretti, nel tentativo di spiegare in questa linea i caratteri originari della nostra storia costituzionale, torna indietro, individuando nel periodo compreso tra l'età degli Stati regionali e l'età dei sovrani illuminati la radice storica prima di un modello politico che egli chiama 'statocentrico indebolito' (pp. 231 e ss.), per la prevalenza che nel nostro specifico da sempre ha avuto la mediazione politica degli interessi organizzati, piuttosto che un progetto organico di affermazione della sovranità dello Stato.

Dunque, se è vero che anche in Italia, come altrove, si scelse la via dello statualismo contro il potere costituente e la sovranità popolare della Rivoluzione, è anche vero che da noi più che altrove — ma qui si dovrebbe indagare sulla effettiva attendibilità di certe ricorrenti immagini, presenti anche nel libro di Allegretti, e relative più che altro alla Francia ed alla Germania, dello 'Stato moderno' come Stato sovrano capace di prescindere dal contributo attivo e costruttivo degli interessi organizzati — questo medesimo Stato sovrano ha incontrato grandi difficoltà nel rappresentare il valore fondamentale dell'unità politica, proprio per l'ampio ruolo che nel nostro caso hanno da sempre giocato sul piano politico gli interessi organizzati, fino dal tempo degli Stati regionali.

In tal modo, il caso italiano, pur non avendo prodotto una dottrina ed una pratica liberale all'altezza dei grandi modelli francesi, inglesi, o tedeschi — o forse proprio per questo motivo, paradossalmente —, diviene terreno privilegiato di verifica delle debolezze e delle contraddizioni del modello costituzionale liberale generalmente inteso. Infatti, in Italia più che altrove viene alla luce, secondo Allegretti, il carattere compromissorio del liberalismo, mai pienamente 'costituente' di fronte alla società di antico regime, troppo timoroso nell'affidarsi alla sovranità

Allegretti, se si è di fronte ad un volume di storia costituzionale italiana che ha preteso di andare oltre il suo oggetto specifico; o se tale oggetto specifico non sia piuttosto dato dallo stesso modello costituzionale liberale generalmente inteso, di cui l'Italia sarebbe a questo punto solo terreno particolare di verifica. Tra l'altro, se si risponde in quest'ultimo senso non si può escludere l'invertibilità del titolo e del sottotitolo del volume di Allegretti.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

del popolo, troppo disponibile a mediare all'infinito il nuovo con il vecchio: tutto ciò si esprime per l'appunto al massimo livello proprio nel caso italiano, nel quale al timore per la 'Costituente' si associa una particolare incapacità a rappresentare l'unità politica nello Stato, che diviene così anch'esso più luogo di mediazione tra gli interessi organizzati, che non soggetto attivo di progettazione e di trasformazione.

Su questa base, è forse ora possibile riprendere le nostre considerazioni iniziali, e nello stesso tempo formulare qualche osservazione di carattere conclusivo. Già abbiamo visto come secondo Allegretti il privatismo economico continui ad esercitare la sua influenza nel nostro presente. Lo stesso deve dirsi ora della seconda componente del modello costituzionale liberale, quella statualistica.

Infatti, secondo il nostro Autore — ci riferiamo ancora una volta alle ultime pagine del volume —, è a causa della persistente presenza dello statualismo che si è indirizzato in un certo modo il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato di diritto democratico-sociale che le costituzioni dell'ultimo dopoguerra avevano prefigurato. In altre parole, ciò che avrebbe potuto essere inteso come un processo di sostanziale estensione della capacità d'influenza della costituzione come sistema di valori, come indirizzo fondamentale cui riferire l'azione di tutti i poteri, pubblici e privati, è divenuto processo di semplice estensione delle competenze statali, più nella linea — lungo cui s'intrecciano statualismo e privatismo economico — della incoerente e disorganica distribuzione di vantaggi e benefici di vario genere, che non nella linea di una vera e propria attuazione, per il tramite dell'intervento pubblico — pubblico, più che statale —, dei valori costituzionali fissati nelle costituzioni democratiche.

In ultima analisi, dal volume di Allegretti esce fuori questa convinzione di fondo: senza un'adeguata supremazia della costituzione come sistema di valori non si uscirà mai dai confini del modello costituzionale liberale, nel senso che tutte le trasformazioni del presente, come già quelle intervenute tra Otto e Novecento, continueranno a far salvi i due pilastri di quel modello, il privatismo economico e lo statualismo. Per uscire da questi confini bisogna invece riaffermare con forza due altre convinzioni: in primo luogo, che la costituzione, proprio come sistema di valori, *deve* essere prescrittiva e conformativa, e non meramente ordinativa di poteri esistenti, perché altrimenti non è più 'costituzione', ma semplicemente 'stato', ovvero garanzia di un equilibrio dato; ed ancora, che la cittadinanza *deve* essere attiva, perché altrimenti non è più 'cittadinanza', ma semplice possesso, più o meno solidamente garantito, di beni e di diritti.

Si potrà ora dissentire dalle conclusioni di Allegretti, dalla valutazione che egli compie del proprio presente, o dal suo giudizio sul liberalismo del secolo scorso, in genere e per ciò che riguarda l'Italia. In particolare, si dovrebbe indagare più in profondità sul grande mito

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della 'Costituente', così importante — come abbiamo cercato di mostrare — in tutto il lavoro di Allegretti ([8]). Non si potrà però non apprezzare — per lo meno per ciò che ci riguarda — l'importanza di questo tentativo di rilanciare una concezione così alta e così ambiziosa della costituzione, in un tempo come il nostro, in cui ogni progetto di carattere collettivo sembra essere in discussione, ed in cui non pochi pensano, in modo più o meno esplicito, che il compito del diritto, ed anche della stessa norma fondamentale, sia ormai divenuto principalmente quello di sistemare e di organizzare gli interessi e le pretese delle forze effettivamente operanti nella pratica sociale e politica.

RAFFAELE ROMANELLI

Lungo tutto il suo *Profilo*, Umberto Allegretti è sempre ben deciso a seguire un'ottica ideologicamente formulata, che mira alla costruzione di un modello interpretativo. Così organizzata, ai nostri occhi l'opera ha innanzi tutto il pregio di ricordarci quanto siano in sé indeterminate e storicamente relative le nozioni stesse di "stato costituzionale" o di "stato liberale". Il "modello generale di liberalismo" con cui l'autore confronta il caso italiano "non esiste storicamente al di fuori delle realizzazioni nazionali" (p. 20), nessuna delle quali peraltro "coincide in pieno col modello teorico" (p. 21). Il regime costituzionale è infatti

([8]) Indagine da compiere sia sul piano della teoria costituzionale che su quello della storia costituzionale, ad iniziare dalla rivoluzione francese, ma anche da quella americana. In effetti, ciò che appare problematico nella apologia del potere costituente come fondamento democratico della costituzione e delle stesse istituzioni politiche, è il fatto che — come dimostra la stessa rivoluzione francese, in genere e nella sua fase giacobina, richiamata in modo certo non occasionale da Allegretti, come abbiamo visto — dall'esercizio di quel potere non deriva necessariamente una norma fondamentale capace di garantire e di promuovere i diritti degli individui, prima di tutto nei confronti dei poteri costituiti. È nota, infatti, l'avversione dei costituenti francesi per il sindacato di costituzionalità, dovuta certamente — come spesso si ripete — alla loro fede nella infallibilità del legislatore, ma anche alla difficoltà più complessiva di radicare in quella esperienza un'autentica supremazia della costituzione, troppo spesso flessibilmente piegata a seguire le volontà del sovrano, anche quando questo è individuato nel popolo, o più concretamente nel partito vincente, che pretende d'impersonare ed interpretare quelle volontà. In questo senso, la Rivoluzione, che per Allegretti rappresenta — come abbiamo visto — un modello di azione politica di tipo nettamente sociocentrico, in realtà è tutta dentro una logica nella quale la questione della sovranità precede la questione dei diritti e delle libertà, indebolendo quindi non poco l'autonoma riferibilità degli uni e delle altre alla costituzione come norma fondamentale, anche se tutto ciò rimane pur sempre molto diverso — ed in ciò concordiamo pienamente con Allegretti — dalla situazione di fine Ottocento, in cui si è ormai affermata una piena sovranità dello Stato-persona che come tale la Rivoluzione non conosceva affatto. Su queste problematiche sia consentito rinviare ancora una volta a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

"insieme delle regolarità fondamentali", di elementi comuni ai vari casi (ciò che l'autore chiama le "comunità", p. 22), e poiché "il diritto, una costituzione, hanno sempre dietro di sé una concezione antropologica, sociale, gnoseologica" (p. 37), l'attenzione è rivolta non alla sedimentazione dottrinaria interna alla disciplina giuspubblicistica, ma alla varietà della casistica storica, portando alla massima tensione una concezione della costituzione in senso materiale: "il libro, scrive l'autore, è condotto essenzialmente sulla realtà" (p. 13).

Da questo punto di vista, che direi idealistico, ma a base storico-materiale, appare subito chiaro che il liberalismo è la costituzione della civiltà individualistica-borghese, o capitalistica liberale che dir si voglia, quella complessa civilizzazione che emerge tra umanesimo, razionalismo e rivoluzione borghese-industriale. "Non mi par discutibile — esordisce infatti Allegretti — che il punto qualificante del modello liberale, il suo elemento motore e differenziatore, sia dato dal ruolo e dalla nozione dell'individuo" (p. 35). È una nozione di "individuo come concentrazione, come autofinalizzazione ed autoreferenzialità" (p. 38) che plasma le relazioni sociali, e dunque il diritto e le istituzioni. L'elemento essenziale su cui Allegretti concentra tutta la sua attenzione (e costruisce il suo punto di vista) è il carattere monistico, e dunque autoritario e "arelazionale" di questo fondamento individualistico.

Allegretti dichiara innanzi tutto le antinomie che segnano irrimediabilmente il modello. Insiste su quelle che direi fondamentali, o fondanti, e principalmente l'antinomia che oppone forza e libertà, individualismo e autorità, statalismo e principio di mercato. All'interno del blocco storico di lunga durata che esse definiscono, siffatte elevate astrazioni concettuali — l'individuo, lo stato, il mercato — operano come polarità estreme per la varietà nazionale delle combinazioni (p. 137), cosicché potremmo dire di avere più mercato nel caso inglese, più stato in quello tedesco, e così via. Ma nell'insieme esse segnalano non soltanto il destino autoritario dello stato liberale, ma la sua intima vocazione antisociale: nella sua tensione monistica il liberalismo pretende *la cancellazione di corpi intermedi*, ed elimina ogni alternativa tra individualismo e statalismo (cosicché "l'eredità della fascia di organizzazione societaria intermedia viene divisa tra l'individuo e lo stato": p. 71).

Prima di seguire ancora su questa strada l'analisi di Allegretti, vorrei sottolineare il fatto che fin qui il modello proposto tratta del ciclo storico della "modernità" come di quel processo di lungo periodo che parte dal tardo medioevo, e che viene espresso da alcune forti astrazioni concettuali (l'individuo, la classe, il mercato, e per l'appunto lo "stato moderno"). In sede analitica, può dunque esser utile distinguere questo "ciclo lungo" da un secondo, più breve e definito, che prende le mosse dalle due rivoluzioni (francese e industriale) e al quale pure si fa più

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

specifico riferimento quando si parla di stato costituzionale, non sempre distinguendo cosa si intende appartenga all'uno e cosa all'altro.

Anche il secondo ciclo, quello ottocentesco, ha le sue antinomie. Allegretti annota ad esempio che il liberalismo è un movimento *postrivoluzionario*, "un fenomeno ottocentesco (...) nel quale lo spirito rivoluzionario si muta, si stabilizza, si «sintetizza»". Dunque, "il liberalismo è questa sintesi in cui molto della tesi viene ricuperato: molto dell'ancien régime, del suo stato, della sua cultura" (p. 27). Se, inoltre, al cuore è l'individuo, "non il borghese — dice A., p. 36 — che trova posto negli interstizi della società feudale (...) ma il borghese che assume in proprio i destini della società e dello stato", ecco che poi, avverte l'autore, come dottrina della proprietà, specialmente fondiaria, il liberalismo è anche difesa della stabilità e dell'ordine contro il mutamento, della rendita accanto al profitto, etc. (pp. 60 e sgg.).

Come è ben noto, questi elementi "conservatori" propri del liberalismo — più storicamente caratterizzati e databili — si intrecciano con le presunte antinomie intrinseche alla modernità stessa. Nel liberalismo maturo, intorno a quella fase storica del primo Novecento in cui non a caso cade anche il liberalismo italiano, il carattere utopistico della tensione monistica, la pratica impossibilità di eliminare i corpi intermedi dal tessuto sociale produce un intreccio di fatti aggregativi "sopravvissuti" e di altri sempre nuovi che, come osserva puntualmente Allegretti, "si moltiplicano e fioriscono" nel cuore delle moderne società industriali fino a costituire una minaccia di crisi per lo stato (pp. 74-9).

Questa duplicità, questa ambivalenza appartiene dunque al ciclo breve o a quello lungo? In un caso specifico come quello italiano, che si vuole di natura "fragile" e derivata, i tratti autoritari e/o conservatori che il liberalismo finisce coll'assumere costituiscono la realizzazione piena d'un regime borghese-liberale o invece una sua specifica incompiutezza? Detto anche in altre parole, quali caratteri del liberalismo italiano appartengono alle antinomie fondanti il modello generale configurandone una specifica facies nazionale, e quali derivano invece da un limite di realizzazione del regime?

È mia opinione che non si possa ulteriormente sviluppare la ricerca sull'Italia liberale se non ci si propone di rispondere a questo interrogativo. Entrambe le opinioni sono ben presenti nella tradizione polemica indigena, ma il loro intreccio confuso attende d'esser sciolto. Pesa infatti sul regime liberale italiano un giudizio — in prevalenza negativo — che lo lega in maniera ambivalente da un lato ai suoi omologhi europei, dall'altro al regime fascista. Non c'è dubbio che la primogenitura del fascismo costituisca il problema di maggior interesse storiografico della nostra vicenda contemporanea. Ma per quanto illuminanti possano essere gli studi sulle "origini del fascismo", ciò non ha aiutato a far luce sui caratteri dell'esperienza liberale. Assunto storicisticamente

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

come "esito" del regime liberale, il regime fascista ne realizzerebbe l'essenza autoritaria stringendo con esso un vincolo di specularità mortale, nel senso che come regime reazionario e autoritario esso appare come l'inveramento delle tare di quello liberale, mentre il discorso sulle tare e sui limiti di quello ha avuto a sua volta la funzione di enfatizzare — tra le tante possibili — una lettura del fascismo in termini di illibertà.

Un intreccio non meno confuso ottunde la prospettiva comparativa, che del resto è implicita in tutto il discorso sull'Ottocento italiano, nel quale di volta in volta l'Italia è stata vista come non pienamente liberale, o democratica, o borghese, intendendosi con ciò che i suoi istituti non sono sufficientemente prossimi non già ai vari regimi omologhi, o coevi, che fioriscono nell'Europa del secolo scorso (che sarebbe una comparazione certo non facile a farsi e che darebbe esiti imprevisti, e che comunque gli storici non hanno mai tentato), bensì al tipo ideale che di volta in volta la cultura del tempo abbia fatto proprio. Per la cultura storica dei nostri giorni l'obiettivo è poi complicato dalla consapevolezza che alla formulazione di un modello analitico di "stato costituzionale" concorrono, oltre alle dottrine che se ne sono assunte il carico (e siamo qui nel campo della storia delle idee), anche una varietà nazionale di forme istituzionali che oggi si è più riluttanti a porre in ordine gerarchico, cosicché non appare d'immediato significato il fatto — di per sé indubitabile — che il regime costituzionale italiano sia sullo scenario europeo in posizione secondaria e derivata (nel senso specifico che i suoi istituti sono elaborati in dipendenza dalle esperienze inglesi, francesi, belghe e tedesche, guardando a quelle e in molti casi, ricalcandole formalmente).

Di fronte a questo viluppo di problemi, ben venga dunque una proposta forte come quella di Allegretti, volta a chiarire in sede dottrinaria i caratteri fondanti del modello generale. Se da parte nostra vi aggiungiamo l'ipotesi di una distinzione tra "ciclo lungo" e "ciclo breve" del liberalismo europeo, non è soltanto perché ci pare che nel pensiero sintetico dell'ultimo secolo, da Marx a Polanyi, essi si sovrappongano con ambiguità massima, ma anche perché ci pare che la chiarificazione gioverebbe in modo particolare a capire nell'ottica suggerita da questo volume il caso dell'Italia, che se ha nel ciclo lungo una modernità precoce, poi declinante attraverso i secoli, ha invece nel ciclo breve una modernità periferica, subalterna e derivata.

Ed è proprio su questo punto, sul nesso tra caso italiano e modello generale, tra antinomie fondanti e specifiche tare e ritardi, che la trattazione di Allegretti non ci lascia soddisfatti. Nelle sue pagine crediamo di cogliere come uno stacco brusco tra la lunga premessa storica (pp. 11-146), che inquadra in modo assai lucido il problema (la rete delle antinomie propria del liberalismo, la loro complessa coesistenza), e la successiva trattazione sistematica dedicata all'Italia. Qui le

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

antinomie di fondo del modello sembrano perdere ogni intrinseco carattere problematico e "aperto", e piuttosto sono intese a segnalare un processo di lungo periodo in cui con coerenza e determinazione gli assetti mentali, economici, sociali e infine giuridici si collocano tutti dal lato della polarità statuale, fino agli estremi inveramenti autoritari del regime senza che ci sia chiaro in che senso nuovo e rispetto a quali modelli il liberalismo italiano debba continuare a definirsi "limitato", com'è nella tradizione polemica.

Rispetto all'arco cronologico di quella, Allegretti si pone in una posizione per così dire intermedia, giacché non si limita a investire il periodo dell'unificazione e i decenni seguenti — come più spesso avviene — ma non fa nemmeno sue certe suggestioni antropologiche che vorrebbero l'Italia dominata da un paradigma feudale nel corso di un millennio e più. Solo un pungente errore di stampa lo fa indulgere in quella direzione, facendo dire a Gramsci che il trasformismo dura in Italia dal '600 al '900 (anziché dal [18]'60 al '900, p. 228; come diceva Savinio, la macchina da scrivere ha voluto dire la sua). Qui si parte invece dal Settecento riformatore — il che non è nuovo; ciò che è nuovo è che la *deprecazione* parta lì — con una ricostruzione estremamente articolata delle dimensioni culturali, economiche, sociali, giuridiche e storiche. Vi sono singoli punti e passaggi molto convincenti. Notevole è ad esempio la sottolineatura, lungo tutti i diversi momenti di vita nazionale, di una complessiva mancanza di originale progettualità da parte delle classi dirigenti della penisola, della "debolezza teoretica" con la quale adattano al caso nazionale i grandi princìpi e istituti d'oltralpe (si vedano le pp. 149, 191-2, 195, 231, etc.). È quello di Allegretti un crescendo implacabile, una filippica, un'arringa, una predica infiammata, che precipita nella riprovazione morale, nell'insulto (se parla spesso di "responsabilità" e "colpe" della classe dirigente italiana, quando arriva a descrivere il carattere non garantista del regime che regge la magistratura parla in una sola pagina della "faccia tosta" dei liberali, della loro "impudenza", dei "rimorsi di coscienza", etc., p. 494). Sui singoli punti, il giudizio fa sue le acquisizioni della storiografia corrente. Che tuttavia qui si elevano a generalità, attingono direttamente alla sfera degli universali. Il distacco dalla materia è totale; il punto di osservazione è dato da una radicale *alterità* rispetto all'oggetto, una alterità si suppone incentrata sulla rivendicazione di una piena, completa "relazionalità" degli ordinamenti. Poiché il punto non è sviluppato, nel corso del volume si potrebbe inferire che essa faccia riferimento a una più avanzata tematica dei diritti e della rappresentanza, al pieno "sviluppo di una dialettica democratica moderna" (p. 314), se però le righe conclusive non enunciassero che essa si pone "fuori della nostra storia (dell'Italia e dell'Occidente)" (p. 575).

Personalmente non credo che la materia in oggetto — il regime costituzionale liberale — potrebbe essere utilmente riguardata ponen-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dosi fuori delle categorie proprie del pensiero occidentale. L'intera tematica della costituzione liberale e delle sue intime antinomie perde ogni rilevanza una volta che sia posta fuori della sua specifica dialettica occidentale. Qual'è mai il dramma dell'individualismo moderno per una civiltà che non lo assuma a volere fondante esattamente nei termini in cui, unico nella storia, lo pone l'occidente moderno? Non a caso, quali che siano i problemi *sociali* e *costituzionali* delle società terze, quali che siano le lotte che vi si conducono attorno ai temi della violenza e della democrazia, per nessuna di esse la dottrina delle libertà individuali, "borghesi", ha il valore e significato fondante che ha avuto nell'Europa moderna e nelle sue propaggini atlantiche.

Quasi a volercene convincere, lo stesso libro di Allegretti, la cui intelaiatura concettuale è interamente costruita con il materiale di quella tradizione, al momento di negarla altro non offre se non affermazioni rapide e apodittiche, prive di referenti dottrinari o di rinvii a sistemi di pensiero diversi ed esterni alla materia. Ben scarso è di conseguenza anche il contributo originale che vi si porta alla conoscenza delle *specificità italiana* rispetto al caso generale; non a caso, la condanna radicale del liberalismo italiano non consente di effettuare quel ritorno conclusivo al modello generale che ci si aspettava: evidentemente il liberalismo italiano non contribuisce alla configurazione del modello generale, rimanendo una *reductio* immiserita dei casi francesi, inglesi e tedeschi, come già sappiamo dalla lunga tradizione deprecatoria che lo avvolge.

Se è dunque questo il problema — il rapporto tra modello proposto e analisi dei singoli casi storici — forse la discussione deve investire direttamente problemi di metodo, e di confronti disciplinari. Come si è detto, Allegretti intende fondare l'analisi sulla "realtà", e *dunque* programmaticamente apre l'impostazione del volume alla dimensione storica. D'altra parte, il caso italiano sembra riassorbito per intero nella logica di un procedimento deduttivo nel quale le evidenze documentarie fornite dagli storici, anche se esposte con grande abbondanza e completezza, non sembrano mai risolutive.

Come storico, mi trovo personalmente ad aver lavorato su di un terreno sul quale intenso è stato l'interscambio tra storici e giuspubblicisti, e del quale anche Allegretti indica la rilevanza per il suo tema: parlo della tematica delle autonomie locali, dello sviluppo del sistema amministrativo, della rappresentanza elettorale nell'Italia liberale. In questo settore, che ha un interesse così immediato per la vicenda politica repubblicana, ha spesso operato una sorta di semplificazione regressiva, quella che induce a proiettare indietro posizioni attuali, casomai chiedendo alla ricerca di accumulare dettagli di corredo a percorsi deduttivi. Rileggendoli oggi, mi pare di ritrovare questa inclinazione anche negli scritti maggiori dei giuristi ai quali noi storici ci siamo spesso rifatti, da Massimo Severo Giannini a Feliciano Benvenuti,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

da Paolo Barile a Giuliano Amato: una tendenza a enfatizzare nel liberalismo ottocentesco i tratti "oligarchici", non-democratici e autoritari fuori da una analisi diretta del suo contesto storico.

Rispetto a quelle precedenti trattazioni l'attenzione prestata da Allegretti al dato storico è maggiore e più appassionata, il bagaglio delle letture è più ampio e sofisticato, ma non diversi sono l'assunto e le conclusioni che divengono anzi più radicali, sospinti — come già si diceva — verso la polarità statale autoritaria del liberalismo. Così "la scelta di rigoroso accentramento è stata assolutamente precisa e coerente in tutti i suoi elementi" (p. 456); è una "scelta di lunga durata", non necessitata dagli eventi, non contrastata in alcun modo serio nemmeno dai decentratori (p. 457), più volte ribadita, coerente con l'ordinamento, etc. La ristrettezza del suffragio, a sua volta, è un tassello del medesimo sistema: "sistema elettorale ristretto e accentramento sono anelli attraverso i quali passa la medesima concezione e la medesima volontà di fondo: quella oligarchica, spinta fino al parossismo, propria della classe dirigente moderata ..." (p. 439).

Ora, avendo per l'appunto frequentato nel mio lavoro di storico quei temi, posso testimoniare che le evidenze documentarie presentano una realtà completamente diversa, almeno riguardo alle *soggettività* del sistema da un lato e al suo *funzionamento* dall'altro. Non occorre che riprenda qui in dettaglio le mie conclusioni; basti dire che credo di aver individuato le finalità modernizzanti, di mobilitazione e di impulso proprie del dirigismo del sistema, così della pubblica amministrazione come del sistema elettorale, mentre ovunque nel dibattito politico del tempo risuona la necessità di allargare il consenso al regime, di accorciare la distanza tra paese reale e paese legale, e così via. La documentazione è in questo senso ridondante, e non lascia dubbi di sorta: i governi premono perché i comuni spendano, facciano le scuole, le strade, i cimiteri, etc. perché gli elettori si iscrivano alle liste, vadano a votare, perché si diffonda il deposito bancario e la costituzione di banche popolari, si combatta l'evasione fiscale, etc. Non si tratta, si badi, di forme di mobilitazione e di inquadramento autoritari, di tipo novecentesco, riconducibili dunque per questa via al paradigma monistico, ma di un disegno autenticamente liberale, che intende fare appello alla pubblica opinione, alle forze autonome della società civile, secondo un tipo di sollecitazione autoritaria carica per questo di contraddizioni, che perciò in altra sede ho visto come un "comando impossibile".

Beninteso, tutto ciò avviene entro un regime censitario, di tipo notabilare-paternalistico. Rispondendo agli argomenti di quanti (e potrei mettermi tra costoro) "difendono" le ragioni dell'accentramento, Allegretti rimprovera al progetto liberale la mancanza di una decisa spinta rivoluzionaria: "una rivoluzione liberale e nazionale non si compie senza promuovere, specie nelle parti più arretrate del paese, un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

balzo in avanti, anche nel senso della forzatura giacobina: questa occorreva alla rivoluzione unitaria" (pp. 468-9). Ora, il fatto che in Italia non si abbia avuta rivoluzione giacobina (ma si ebbero le riforme settecentesche ...), dà certamente un tono particolare alle valenze di stabilizzazione "postrivoluzionaria". Ma sarebbe cosa ben curiosa vedere nella mancanza di un giacobinismo una carenza di liberalismo. Che quella liberale non fosse una rivoluzione democratica è una tautologia che ci può servire a sottolineare più l'opposizione che non la contiguità che corre tra i due regimi, e a ribadire che un regime liberale non può esser concepito come una democrazia incompleta, se non altro perché in democrazia non si dànno gradazioni (da un punto di vista tecnico, o dottrinario, la democrazia o è o non è).

Non è forse un caso che Allegretti trascuri questo tema (il rapporto tra regime liberale e quello democratico), evidentemente ritenendolo secondario nella delineazione d'un liberalismo a priori schiacciato nella dimensione autoritaria non-democratica. Ma se invece ci addentriamo nello specifico contesto del regime, va sottolineato piuttosto che in uno "statalismo" così configurato in senso liberale-notabilare la trama delle relazioni sociali è assai complessa, e null'affatto risoluta nel tendenziale monismo arelazionale del modello: i tratti "conservatori" del regime — i più sgraditi ad Allegretti — si esprimono *proprio* nel suo policentrismo sociale. L'analisi storica segnala ad esempio il fatto ben noto — e rilevante soprattutto nel Mezzogiorno — che la "forza" dello stato era usata dai liberali non solo per la sollecitazione di energie sociali "autonome", come dianzi si diceva, ma anche in funzione antibaronale, antiretriva, secondo la più classica delle logiche assolutistiche; in entrambi i casi si innestavano processi complessi, in cui erano all'opera non soltanto gli "individui" e "lo stato" — ciascuno con ruoli e funzioni di volta in volta assai diversi e tutti da specificare — ma anche una gran varietà di "corpi intermedi" ai quali non può esser attribuita natura meramente residuale, che anzi — giova ripeterlo — costituiscono l'essenza conservatrice del regime. Del resto, la denuncia delle pressioni "di regime" esercitata sui "corpi intermedi" è propria della tradizione cattolica, che così individua una spinta fondamentale e tipica del "lungo ciclo" liberal-borghese. Essa si riferisce alle varie forme di aggregazione non riconducibili alle polarità dell'individuo e dello stato: dalla famiglia al comune, dalle comunità ecclesiastiche a quelle economiche e produttive. Ebbene, far proprio questo modello analitico — che ha solide ascenze dottrinarie e decisa carica ideologica — non può far dimenticare che era proprio del liberalismo riprodurre in gran numero aggregazioni e relazioni sociali di tipo "corporato", familistico, clientelare o carismatico, e che d'altra parte — e non sappiamo se sia espressione di liberalismo realizzato o di liberalismo incompiuto — la solidità dei vincoli familiari e religiosi, solidaristici e corporati sembra caratterizzare in modo tutt'affatto particolare la modernità italiana, mentre l'intera

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

storia politica e sindacale del nostro paese, quella che va dal collegio uninominale paternalistico all'odierna macchina delle appartenenze partitiche è largamente intrisa di valori e aggregazioni "intermedi".

Ora, una volta che si siano accolte almeno in via di ipotesi queste osservazioni, ci si chiederà in che senso esse dovrebbero convincerci a "correggere" il giudizio complessivo sul carattere elitario ed autoritario del liberalismo italiano espresso da Allegretti. Se crediamo che il lavoro dello storico non debba avere la funzione ancillare di accumulare detriti da incapsulare poi in riquadri predisposti, né debba esser chiamato ad alimentare percorsi deduttivi, non ci aspettiamo nemmeno che qualcuno ne debba ricavare induttivamente una verità. Bene fa il giurista, così come lo scienziato sociale, a mostrare una qualche empirica sufficienza verso certe inarticolate raccolte di fatti e vicende che gli vengono a volte proposte dagli storici. Che vi sia uno scarto tra i princìpi fondanti dell'ordinamento e la sua vita materiale è del tutto evidente, e sarebbe scoperta davvero peregrina; nel nostro caso, il fatto che i singoli prefetti potessero comportarsi da sinceri liberali, che i ministri diramassero circolari improntate al massimo rispetto delle libertà e delle autonomie, che, d'altra parte, nella loro ansia dirigistica, gli ordinamenti periferici risultassero poi incapaci di aggredire direttamente il sociale e restassero presi nelle reti più varie di aggregazioni sociali e politiche intermedie, tutto ciò in ultima analisi non nega affatto che il liberalismo italiano possa continuare ad esser definito elitario, statocentrico, o accentrato.

Sembra a me che altre siano le funzioni della ricerca. Se correttamente orientata, essa porta a discutere la valenza dei modelli, a riarticolarli; essa mette in guardia lo scienziato sociale — o il giurista — a non dare per scontate le implicazioni economico-sociali degli idealtipi adottati. Una volta che si voglia rinunciare, come fa Allegretti in quest'opera, alla piena e diretta assunzione dell'idealtipo — nel nostro caso parleremmo di costituzione formale — e piuttosto che ai concetti ci si voglia rivolgere alla "realtà" — e dunque alla costituzione materiale — non è poi possibile, mantenendo fermo il modello, delegare il riferimento ai suoi "contenuti" ad un bagaglio più o meno ampio di rinvii e di letture nel campo disciplinare confinante.

Anche se non tutti gli storici si prestano alla bisogna, rimane il fatto che nei casi migliori di contatto interdisciplinare si confrontano paradigmi diversi, ed è forse giusto avvertire che la storia, lungi dall'avere una vocazione ancillare, ha segrete tendenze egemoniche: mira cioè ad occupare il centro della scena col suo materiale, facendone luogo d'incontro e di verifica per ridiscutere gerarchie, coerenze, relazioni tra concetti. Nel nostro caso dovranno esser ridiscusse le relazioni tra costituzione formale e costituzione materiale, tra diritto e storia, laddove il primo — ci perdoni Allegretti — è anche sistema autoreferenziale, grumo di testo e di dottrina che certo tocca allo storico confron-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tare con le pratiche sociali e del diritto, ma che il giurista dovrà proporgli *come tale* perché egli possa capire come opera quel sistema non solo nell'ordinamento, ma anche nell'immaginario, nella mentalità, nella cultura di un paese e di un'epoca.

Al giurista, come a ogni altro portatore di scienze sistematrici, nomotetiche, lo storico chiede perciò di non rinunciare a elaborare un sapere specifico, che ha una sua interna logica e coerenza, e che tra l'altro fornirà alla ricerca quadri concettuali, strumenti analitici utili ad elaborare la sua propria materia — o se si vuole la materia comune a entrambi. Strumenti analitici che evidentemente la più ricca conoscenza dei contesti culturali e storici, oltre che dottrinari e istituzionali, potrà raffinare e far evolvere, ma mai fino al punto di provocare l'abbandono d'un paradigma disciplinare.

Ora, gli stessi elementi di storia che con grande maestria Allegretti trae dalla tradizione costituzionale di lungo periodo potrebbero suggerire altre e diverse tematizzazioni, che sfuggono alla dicotomia di fondo a cui le costringe l'autore e richiamano la presenza di quei corpi intermedi, di quelle realtà corporate alle quali più volte ho accennato. Con Allegretti, si potrebbe partire dalle riforme leopoldine, e dall'unico abbozzo di costituzione in cui appare un sistema piramidale di elezione per gradi, di sapore municipalistico; osserva Allegretti: "Dunque non le libertà fondamentali dell'uomo vengono in evidenza, ma la tutela della proprietà, dell'iniziativa economica e della sicurezza dei beni: quella che abbiamo chiamato la «libertà dei privati» (p. 315). Da qui si potrebbe individuare una costante del riformismo: quello di puntare ad un regime che direi "proprietario-corporativo" in quanto ha una concezione economica della società civile, non punta sulla affermazione dei diritti — e dunque sul costituzionalismo — quanto sulle riforme amministrative che vengono dall'alto (come alternativa al costituzionalismo) e sul potere carismatico, di mediazione, dei proprietari. Da Pompeo Neri a Cuoco a Capponi corre un filo ideale che delinea una sorta di regime proprietario-organicistico, se vogliamo paternalistico-relazionale.

E ancora: forti tracce di organicismo si trovano nelle concezioni patrimoniali degli enti locali, nell'equiparazione agli enti locali territoriali delle opere pie, nella tutela differenziata dei diritti (sicuramente nella posizione della donna, che ormai la storiografia non si soddisfa più di denunciare come soggetto subordinato, perché ne cerca i ruoli e le funzioni attive in quel mondo). Inutile dire che di queste tematiche è pieno il pensiero sociale ed economico, politico e *giuridico* del tempo; quello giuridico di fine Ottocento in particolare, che troppo a lungo gli storici hanno appiattito sulla dimensione autoritaria, di sapore prefascista, forse anche perché si rivela meno attento ai problemi della rappresentanza elettorale e dei diritti fondamentali che non alla gerarchia delle articolazioni che legano società e ordinamento. Istituzioni,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

pratiche e dottrina sembrano insomma insistere proprio sui corpi intermedi come realtà specifiche, più vitali, della tradizione italiana. Che, non dimentichiamolo, è una tradizione cattolica, una tradizione cittadina-comunale. Allegretti lascia d'un canto sia storicamente che teoricamente questo aspetto, finendo coll'attribuire al moderno liberalismo laico e borghese una forza normativa maggiore di quanto esso non abbia. Né si sofferma sui luoghi istituzionali dove questa dimensione più si manifesta, da quelli classici delle autonomie locali al tema del collegio uninominale o a quello della riforma del senato. Di conseguenza non fa nemmeno grande spazio al problema della più tarda "crisi dello stato" quale emerge nella nascita delle amministrazioni parallele da un lato, o nella dilatazione delle competenze comunali dall'altro. Non a caso, trascura Mosca e Pareto, e in genere i teorici del sistema politico che hanno indagato per primi le pratiche informali che si svolgono dietro le istituzioni rappresentative — cioè che hanno dato prima forma teorica all'analisi della costituzione materiale, richiamando l'attenzione sulla catena delle mediazioni, dei sistemi di patronage, di clientelismo o del trasformismo.

Per quanto ancora questi temi aspettino una trattazione analitica soddisfacente, nel complesso sono stati percorsi in lungo e in largo dagli studi. Poco o nulla battuto è invece il versante privatistico del regime monistico, quello dove si colloca la "libertà dei privati", dichiarato nucleo fondante dell'intero edificio. Non si dovrebbero anche su questo versante far dialogare modelli interpretativi "alti", dottrina e pratica sociale? Andare alle radici della proprietà privata, interrogarsi sulle realtà sociali che vi si presumono incorporate? Il contratto, ci ricorda Allegretti citando Costa su Hutcheson, è "forma di ogni rapporto intersoggettivo"; "i soggetti, atomistici, non hanno altra forma 'strutturale' di rapporto intersoggettivo se non il contratto" (p. 52). Ormai parecchi anni or sono, uno storico-antropologo inglese, Alan Macfarlane, ebbe la presunzione di cercare negli archivi la prova provata del paradigma individualistico di matrice sociologica. Vendite e compere di terra, contratti assistenziali tra membri della stessa famiglia, rapporti scritti di lavoro: era questa la società contrattuale che solo in Inghilterra poteva esser fatta risalire fino al medioevo? In seguito, e con maggiore acribìa, altre prove sono state fatte non solo per documentare l'esistenza del mercato, ma anche per verificarne il funzionamento, e in esso gli intrecci tra ragioni economiche e simboliche, individualistiche e di gruppo. Giunti a studiare le società ottocentesche, sempre più spesso si scopre che questi intrecci si sviluppano e si riproducono anche in regimi "avanzati", dove la tendenziale ragione monistica del sistema opera in una rete inestricabile di aggregazioni sociali, valori e norme di diversa e varia natura che continuamente la ridefiniscono, nei vari momenti e casi storici.

Non solo lo stato dunque, ma anche l'individuo proprietario è un

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

paradigma "aperto" che il procedere della ricerca storica tende continuamente a complicare. Ma solo da questa complessità, dalla riformulazione incessante dei massimi tipi ideali si potrà comprendere, oltre che il modello generale, anche le specificità del caso nazionale, e si potrà dire quanto i tratti e le antinomie dell'uno e dell'altro debbano al "ciclo lungo" della loro storia e quanto al "ciclo breve", siano fatti sopravvenuti o residui della tradizione. Purché lo scienziato sociale, e con lui il giurista, non abbandonino lo storico al suo materiale, negandogli l'aiuto del loro specifico sapere disciplinare.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

PAOLO GROSSI

SUI 'CLASSICI' DEL DIRITTO

(Per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi)

Tempo di ristampe — questo nostro —, e soprattutto di ristampe di 'classici'. Quel che più conta è che non sono gli storici del diritto ad avere l'iniziativa (1), ma, con gradita supplenza (gradita, anche se suona implicitamente accusa contro di noi), i civilisti: ieri, Pietro Rescigno (2) e Pietro Perlingieri (3); oggi, Francesco Galgano, che avvia presso la Casa Editrice Cedam una 'Collana di riletture' destinata ad affiancare la sua felice Rivista 'Contratto e impresa' (4).

Questo riandare ai classici da parte dei cultori del diritto positivo è confortante e significativo. Si tratta di testimonianze affrancate dalla cappa contingente della vigenza e relegate — sotto un profilo di pratica spicciola — nella soffitta delle cose inutili (o quasi) per esser vincolate a trascorsi e caduti testi normativi, eppure offerte ugualmente al giurista di oggi da giuristi di oggi. Segno che la loro validità sta ben oltre il momento ermeneutico d'un testo vigente e cogente, segno che la scienza giuridica è assai poco esegesi, è assai poco quell'apparecchio

(1) Con la sola eccezione di Francesco Calasso, storico di notevolissimo respiro culturale e munito di una precisa convinzione dell'unità della scienza giuridica, che, nell'ormai lontano 1962, collaborando splendidamente con un Editore di eccezionale sensibilità come Antonino Giuffrè, dette vita alla Collana 'Civiltà del diritto' ormai arrivata al volume cinquantaduesimo. Nel retro della copertina della prima opera ristampata — che era, non senza significato, 'Il problema della scienza del diritto' di Giuseppe Capograssi, cioè il più consapevole elogio moderno del diritto come scienza — Calasso segnalava la volontà sua e dell'editore di raccogliere "esperienze di pensiero attraverso le quali il diritto è diventato umanamente *cultura* nella coscienza e nell'opera del giurista, del politico, del cittadino".

(2) Il riferimento è alla Collana 'Momenti del pensiero giuridico moderno', che Rescigno cura per l'editore Forni di Bologna.

(3) Il riferimento è alle 'Ristampe', pensate come sezione autonoma — la sezione C — delle Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile presso l'Università di Camerino.

(4) Walter BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, con prefazione di Marino Bin, Padova, 1989 (I Classici di 'Contratto e impresa' - Collana di riletture proposte da Francesco Galgano).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

ortopedico del legislatore di cui ebbe a parlare — un secolo e mezzo fa — von Kirchmann, ma è anche pensiero, pensiero giuridico, dimensione giuridica d'una cultura in marcia, che tiene ad affermare, nella ideale continuità a dispetto delle molteplici interruzioni istituzionali e normative, l'esistenza d'una tradizione né formale né tanto meno fittizia.

Quando, nel 1971, io avanzai la proposta dei 'Quaderni fiorentini' e parlai francamente (e con un briciolo di coraggio, in un tempo di imperanti rigurgiti paleomarxisti) di pensiero giuridico (5), qualcuno storse la bocca; e so benissimo che v'è chi la storce anche ora in preda a sbornie sociologiche di origine oltreatlantica. Ebbene, ieri e oggi ero e resto convinto — e non per forzatura apologetica conseguente a un malinteso spirito corporativo — che "il giuridico non può essere soltanto oggetto di conoscenza tecnica e scientifica, ma di quel più alto grado di comprensione che i filosofi chiamano pensiero; il giuridico può diventare esso stesso pensiero con un volto connotato di intensa tipicità" (6); ero e resto convinto, pertanto, che i giuristi, ininterrottamente da duemilacinquecento anni, han prodotto anche pensiero.

Questi 'classici', che vengono riscoperti e riproposti e affidati all'odierna attenzione, sono perciò qualcosa di ben diverso da una museale galleria degli antenati con una funzione squisitamente decorativa; testimoniano, al contrario, lo slancio del giurista a superare il momento episodico, che troppo spesso appesantisce il mondo del diritto, e ad attingere l'assoluto della scienza — anzi: di una scienza che si fa pensiero —, anche se si tratta di un assoluto che vive nella storia. Quel che ha rilievo è la ricerca di radici che, per esser profonde, prosperano nei tempi lunghi, che rifuggono dai terreni superficiali dove tutto si frastaglia e si particolarizza. La ricerca di radici è, insomma, la ricerca del *continuum* che vive sotterraneo malgrado le cesure apparenti. Questo conclamano il testo di Kantorowicz ristampato recentemente da Rescigno (7) o il testo di Bigiavi che ristampa oggi Galgano. La Germania del 1906 illusoriamente così lontana e separata, l'Italia del 1933 con una Codificazione strutturalmente differente da quella attuale, sono cornici esterne di carattere episodico: la loro contemporaneità, la loro presenza spirituale si afferma a livello di quel *continuum* dove la scienza giuridica è divenuta — per intrinseca sua forza — pensiero, e

(5) Cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), *Pagina introduttiva*.

(6) È quanto scrivevo nella 'voce' *Pensée juridique* — redatta per il 'Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit' pubblicato sotto la direzione di André-Jean Arnaud (Paris, 1988) —, la cui traduzione italiana, *Pensiero giuridico - Appunti per una 'voce' enciclopedica*, apparve in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988) (la citazione è a p. 264).

(7) H. U. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908, rist. Bologna, Forni, 1988.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cioè percezione dell'universale, e dove contano poco il vigente e il cogente.

Sia consentita una riflessione, che mi è venuta subito alla mente, appena avuto tra le mani il libretto bigiaviano. La 'Collana', il cui avvio noi salutiamo, è — lo si è detto poco sopra — quella de "I classici di 'Contratto e impresa'", come sta scritto esplicito nel bel mezzo della copertina e nella ante-pagina del frontespizio (8). È chiaro il collegamento che si vuole instaurare e indicare tra Rivista e Collana, ed è da questo collegamento così intenso, sentito quasi come necessario, che scaturisce immediata la riflessione. 'Contratto e impresa', Rivista novissima fra quelle giuridiche italiane di ampio respiro (9), ha un sotto-titolo che la tipicizza: 'Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale', ed è progettata proprio come un ponte ideale fra scienza e prassi. Il nucleo del suo programma è di costituire "uno strumento di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione extralegislativa"; il suo terreno prevalente "è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale caratterizzata dalla rarità dell'intervento legislativo innovatore ed entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante" (10). È, insomma, il foglio che si segnala per una duplice tensione: innanzi tutto, sensibilità per il mutamento, per la corsa veloce di quella realtà socialmente plasticissima che è il diritto e che le forme legislative si rivelano sempre più incapaci a organizzare in maniera conveniente; in secondo luogo, e conseguentemente, constatazione di quel sempre più vasto territorio della circolazione socio-economica legalmente o niente affatto o scarsamente o malamente regolato, e valorizzazione di una praxis guidata e modellata da fonti diverse, in una gamma che va da una consapevole e massiccia presenza giudiziale a una impalpabile ma non meno consapevole e massiccia supplenza da parte dei privati. 'Contratto e impresa' è, in conclusione, la Rivista più immersa nel mutamento, con uno scopo assorbente che sembra esser proprio l'osservatorio attento da cui si per-

(8) Con una variazione probabilmente dovuta a lapsus tipografico e a disattenzione redazionale: mentre in copertina sta opportunamente scritto 'Collana di riletture', nell'ante-pagina del frontespizio si legge la dizione più banale 'Collana di letture'. Purtroppo, non sempre al nitore del decoroso libriccino corrisponde una pari cura nella correzione delle bozze (un errore, almeno, avrebbe dovuto essere evitato, il Culiacio di p. 75). Una raccomandazione, che mi sentirei di fare ai redattori dei futuri volumetti, è di segnalare sempre con precisione i dati relativi all'edizione originaria. Se non ho mal visto, non risulta esser mai stato indicato che gli 'Appunti' di Bigiavi furono pubblicati negli 'Studi urbinati', VII (1933), n. 3-4; VIII (1934), n. 1-2. Ciò non tanto per un problema di carattere legale, che non interessa il lettore, quanto per l'esigenza filologica di permettere al lettore eventuali collazioni e per dargli un elemento spesso non indifferente per una adeguata collocazione dell'opera.

(9) Nasce nel 1985.

(10) Come si legge nella copertina finale dei fascicoli.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

cepisce la genesi, l'itinerario, il senso del mutamento, ed è pertanto la più scardinata dal vecchio legalismo, che riposa ancora intatto nel cuore del troppo vecchio giurista italiano; una Rivista alla ricerca di un nuovo modello di giurista con un ruolo nuovo di zecca (o, se vogliamo, molto antico, pre-moderno, pre-borghese, quando il giurista era al centro della società, immerso nella mutazione). Basterebbero a documentare questa sua tensione preziosa l'attenzione assillante ma significativissima per il linguaggio giuridico (testimone eloquente — ci sia perdonata la implicita tautologia — della rapidità ed essenzialità della mutazione), nonché l'analisi ripetuta (significativissima nella sua quasi monotonia) del ruolo del precedente giudiziario, con la sottesa istanza di sottolineare il sempre più profondo trapianto sul nostro tronco di modelli fino a ieri ritenuti estranei alla tradizione del diritto italiano codificato.

Eppure, il Direttore di questa Rivista — che predilige il terreno mobilissimo di un presente proiettato verso il futuro, e perciò fluido e non-definito — ha sentito l'esigenza di rafforzare il ritmo puntuale del foglio con una riflessione su testimonianze ormai consegnate alla immobilità di un grembo storico. Il mobilissimo e l'immobile sembreranno a un osservatore superficiale congiunti insieme sotto il segno di una insanabile contraddizione programmatica. Il programma è invece lucido, e ne va dato lode a Francesco Galgano: egli, che ha tra le sue fondazioni culturali anche una non episodica ricerca di radici, sa benissimo due elementari verità.

Che la mobilità della praxis, e quindi la sua novità, vanno seguite e rispettate, ma che per un loro ordinamento durevole ed efficace (che è, per l'appunto, il compito del giurista) c'è l'esigenza di compararle e ancorarle a un patrimonio di esperienze intellettuali già intieramente compiute (e, in quanto tali, capaci di esprimere pacatamente ma con pienezza di voce il loro messaggio), esperienze divenute pensiero, con un messaggio attuale perché purificato dalle molteplici scorie archeologiche e dai condizionamenti particolari temporali e spaziali. In questa comparazione e ancoraggio il nuovo non perderà la sua novità, ma sarà reso più consapevole, più inattaccabile dall'usura degli anni. La praxis diventa punto d'una linea destinata a prolungarsi all'infinito, ma che ha una ineliminabile continuità col passato, con un passato spiritualmente contemporaneo.

Che, sul piano delle *Geisteswissenschaften* (per usare una vecchia nomenclatura dello storicismo tedesco), soltanto una visione ingenua e caduca può credere al domani come superamento totale, come approdo a un'isola lontana e separata. Al di sotto delle scorie, delle incrinature, magari anche delle cesure superficiali, v'è un nesso vitale fra le due dimensioni temporalmente più corpose, il passato e il futuro. L'isola del futuro, lontana o vicina che sia, trova nel profondo una comunanza di radici con terre apparentemente distaccate e remote e

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

vi trova la sua garanzia di non galleggiare nel vuoto come una realtà fragile e nuvolesca.

Le ristampe dei 'classici', il bisogno di confrontarsi con loro, sono confortanti perché stanno, dunque, a significare una visione più culturalmente appagante del giuridico, e, nel giurista, una coscienza più complessa. La riscoperta dei 'classici' come atto di fiducia nella esistenza di un pensiero giuridico ha una grossa funzione liberatoria: rende sicuro il giurista sulla indiscutibile scientificità del suo oggetto ed èleva il ruolo di lui stesso, lo rende un personaggio affrancato, che fa i conti con la sua propria tradizione, con una meditazione plurisecolare, la quale, al di là di gerarchie confezionate e imposte dai poteri politici storicamente succedutisi, è — nella sostanza — fonte del Diritto, anche se di fatto non lo è per questo o quello specifico diritto positivo. L'unica condizione per arrivare, però, a un simile rilevante risultato è il lavacro mentale, che ci faccia deporre un'immagine legolatrica del giuridico e riscoprirlo invece come dimensione naturale dell'uomo che ordina il suo tempo storico in strutture rigorose, con una tecnica culturalmente e socialmente fondata, che non è né arbitrio né artificio ma lettura e interpretazione corroborata da quelle grandi avventure intellettuali che noi sbrigativamente chiamiamo i 'classici'.

Il nostro timore (espresso tante volte, e taluno dirà monotonamente) è che il giurista odierno, troppo plagiato da due secoli di una visione riduttiva dei suoi compiti e del suo ruolo nella società e nella cultura attuali, creda come a lui connaturata una veste che mal gli si adatta e che gli è stata di forza messa addosso soltanto da ben precisate e definite circostanze storiche.

Non v'è dubbio che il mondo moderno ha significato per l'universo giuridico — almeno a livello continentale — una profonda inversione nel modo di concepire le fonti del diritto. Lo Stato borghese, dalla fine del Settecento in poi, è stato quell'organismo politico che più d'ogni altro si è occupato di diritto, e se ne è occupato disciplinando, nella guisa più rigida che la storia umana abbia mai conosciuto, il problema della produzione giuridica, cioè il problema delle fonti, cioè il controllo della giuridicità. La giuridicità fino al Settecento era stata un fenomeno largo e vario, cui concorrevano le forze più diverse: dottori, giudici, notai, ma ben spesso consuetudini e prassi si univano ad atti del pubblico potere per formare la realtà sempre plastica (cioè sempre disponibile alla mutazione) dell'ordinamento giuridico. Il fatto, quando fosse munito di una interna carica incisiva, fosse cioè carico di effettività, era fonte in senso tecnico del diritto di allora alla pari della legge del Principe sovrano. Con due conseguenze di molto peso: il confine tra fatto e diritto si faceva assai più sfumato, e assai più sfumato quello tra il giuridicamente rilevante e irrilevante; il castello del formalismo, se non si vuol maliziosamente pensare proprio alle manifestazioni patolo-

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

giche delle sottigliezze puramente strumentali dei causidici, è costruzione tutta moderna piuttosto che espressione dell'antico regime. Se questo si è perduto nel diritto continentale codificato e il giuridico si è ridotto e rattrappito nel legale, ciò è avvenuto per una precisa operazione di potere, per una politica del diritto in nome della quale la faccia giuridica del liberalismo economico è connotata da un pesante assolutismo, è né più né meno un assolutismo giuridico.

In un'età di ripensamento come la nostra, età fertile anche se tormentata, si è — finalmente e fortunatamente — cominciato a guardare contro-luce, con sguardo più disinibito, mitologie, altarini, sacrarii che la civiltà giuridica borghese, così sorda al metafisico e così ferma nella distruzione di un sacro che attingesse da sopra e da fuori, aveva tuttavia accuratamente costruito come difesa adeguata per le sue conquiste (o pretese tali). In questo ripensamento, che vien riesaminando criticamente tutto il complesso territorio dell'universo giuridico, è sperabile che sia sempre più investita anche la zona più riposta, quella ritenuta ieri intoccabile, guarnita com'era da apriori che ne facevano un qualcosa a mezzo tra la cittadella e il sacrario: e precisamente la zona delle fonti.

Sono infatti convinto che, se si vuol dar sostanza alle conclamazioni costituzionali sulla sovranità popolare, se non si vuol fare della generalmente acquisita teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici una semplice esercitazione scolastica per studenti universitarii, il problema delle fonti e della sua pretesa gerarchia debba essere affrontato con un coraggio maggiore di chi si accosta a un tizzone ardente timoroso o cautissimo nel prenderlo nelle mani. Si dovrà invece affrontarlo alla luce di tutti gli strumenti forniti — per esempio, in Italia — dalla Costituzione del 1948 nella ferma pretesa di sottoporlo a revisione e con la mira di un effettivo e non soltanto vocale pluralismo. In una siffatta revisione il ceto dei giuristi avrà un ruolo diverso e maggiore, e il momento giudiziale del diritto si porrà centrale nella creazione dell'ordinamento, tenendo dietro a un movimento di pensiero che è già in atto e di cui il libretto bigiaviano, collocato in un 1933 che potrebbe sembrare preistoria ma che è invece storia nel suo *continuum* con noi, costituisce un intelligente presentimento e una consapevole anticipazione.

Due parole sul libretto, prima di chiudere. Francesco Galgano lo ristampa non tanto come omaggio affettuoso al suo Maestro Walter Bigiavi, uno dei commercialisti italiani culturalmente più vivi nel periodo immediatamente precedente e immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale ([11]), quanto in forza della sicura contemporaneità spirituale del libretto per il giurista di questi nostri anni.

([11]) Unicamente per il lettore non italiano converrà qui precisare che Walter Bigiavi, per lunghi anni docente di diritto commerciale nella Università di Bologna, è

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Traendo lo spunto da una marginalissima questione di diritto transitorio in tema di usucapibilità delle servitù discontinue, Bigiavi spicca, in realtà, un volo altissimo arrivando a trattare di problemi ardui e rilevanti come la efficacia della consuetudine *contra legem* e il principio del valore retroattivo della sentenza. Un giudicato bruscamente innovativo della Rota Romana, del 1865, è l'occasione per il giovane e colto commercialista di iniziare e sviluppare un esame autenticamente pluri-esperienziale, che pone in stretta comparazione il diritto italiano codificato con il diritto comune, il diritto canonico, il *common law*.

Come giustamente nota il curatore, che è il civilista torinese Marino Bin, è sorprendente la cultura di un giurista appena trentenne, che dimostra di avere a disposizione una tastiera inusitata e di dominare una bibliografia a livello internazionale tanto aggiornata da includere in sé anche contributi usciti sparsamente nello stesso anno di stampa del saggio (Bigiavi cita perfino la ancora inedita prolusione catanese di Francesco Calasso su 'Il concetto di diritto comune', che è appunto del '33 e che egli legge dattiloscritta ([12]) in una prima stesura senza note). Per me la sorpresa è stata — a dire il vero — relativa: la sete di letture e la curiosità intellettuale di Bigiavi mi era nota fin da quando, avendo inviato all'autorevole commercialista — nel lontano 1960 — il mio volume sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune, ebbi da lui in risposta una lunga lettera, dettagliatissima e folta di osservazioni di rara competenza, dove mi si faceva notare un brutto svarione tipografico sepolto in una delle cinquecento pagine del libro e di cui l'autore per primo, correggendo per ben due volte le bozze, non si era accorto. Fu la riprova che egli si era letto con meticolosa cura — direi rigo per rigo – un librone scostante di storia del diritto gremito di citazioni latine dei vecchi Dottori.

Da una cultura, che non è mai sfoggio ma che è sempre strumento di scavo, si origina il suo sguardo aguzzo ma soprattutto aperto, relativistico, che la familiarità con la comparazione verticale e orizzontale ha reso disinvolto e smaliziato. E un protagonista tematico affiora sempre negli 'Appunti': il precedente giudiziario, con la puntualizzazione di due nodi difficili come il rapporto tra precedente singolo e serie di precedenti, e l'efficacia retroattiva del mutamento giurisprudenziale. Sembra di scorrere — più che un testo civilistico dell'anno 1933 — le pagine dei fascicoli di 'Contratto e impresa' dove la problematica generale del precedente e il suo possibile innesto sul tronco del nostro

---

stato — nel campo della scienza giuridica italiana — non soltanto un protagonista nella sua area disciplinare, ma anche un notevolissimo promotore e organizzatore di iniziative culturali soprattutto per quanto attiene alla pubblicistica giuridica.

([12]) Cfr. quanto dice lo stesso BIGIAVI a p. 46, nota 27.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

diritto positivo sono temi ricorrenti, dal saggio d'apertura pubblicato da Galgano sul primo numero ai molti interventi ripetutisi dipoi.

Il *continuum* spirituale fra il libello del '33 e la riflessione dei Redattori della Rivista è palese. La comparazione e l'ancoraggio, di cui si parlava più sopra, sono in atto. Il 'classico', nel suo discorso così depurato da scorie particolaristiche, nella universalità del suo contenuto di pensiero, parla al giurista di oggi non un linguaggio datato e antiquato, ma forse il linguaggio di domani. Il sentiero, che porterà l'odierno giurista all'isola del futuro, sembra essere già potenzialmente tracciato nelle pagine culturalmente vivacissime del 'vecchio' Bigiavi.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

IVÁN C. IBÁN

LA SCIENZA DEL DIRITTO CANONICO NELL'UNIVERSITÀ SPAGNOLA CONTEMPORANEA (*)

Probabilmente chi vi parla è una delle persone meno adatte per affrontare il tema proposto; infatti, sebbene di infimo grado, io appartengo al mondo della scienza canonistica nell'Università spagnola e, perciò, inevitabilmente, la mia analisi presenterà forti componenti di soggettivismo. Fatta questa avvertenza, passo ad affrontare il nostro tema.

Ovviamente, prima di riferirsi allo sviluppo di una scienza nel contesto accademico di una nazione sarà necessario descrivere, anche se per brevi cenni, il sistema universitario stesso. Seguendo chiaramente il modello napoleonico, il sistema universitario spagnolo è praticamente pubblico o, se si preferisce, statale: vi sono di circa 30 università statali, in cui l'insegnamento, almeno in teoria, è affidato a funzionari pubblici. L'università privata è praticamente inesistente; la legge non prevede alcuna possibilità concreta per tale tipo di università. È prevista una sola eccezione, a favore delle università della Chiesa cattolica: in virtù di un accordo con la Santa Sede del 5 aprile 1962, la Chiesa può erigere università in Spagna, e gli studi che in esse vengano seguiti saranno, sotto certe condizioni, riconosciuti agli effetti civili. Nonostante ciò, si può affermare che l'importanza delle università private (vale a dire gestite dalla Chiesa) in Spagna è sotto l'aspetto quantitativo molto ridotta, visto che meno del 4 per cento degli studenti universitari spagnoli frequentano i loro corsi.

Pertanto, limiterò l'oggetto della mia analisi all'àmbito delle università pubbliche, l'Università per definizione tenendo presente la scarsa importanza delle università private; ma riferendomi in particolare al diritto canonico, una simile delimitazione risulterebbe assolutamente ingiusta, perché un elevato numero di cattedre dell'università statali sono coperte da canonisti formatisi in una determinata università

(*) Lezione tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino il 12 maggio 1988. È stato mantenuto il testo originale, senza alcuna modificazione, e quindi anche il «taglio» proprio di un intervento orale diretto a studenti universitari.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della Chiesa: quella di Navarra. Ma questa è la storia di una persona, su cui necessariamente dovremo tornare, e non di una università.

Se il modello universitario spagnolo è un preciso calco dei postulati napoleonici sull'insegnamento universitario, l'insegnamento specifico del diritto corrisponde perfettamente a questo modello. Le Facoltà di Giurisprudenza sono presenti in quasi tutte le università spagnole e, in generale, sono le più frequentate dagli studenti. Similmente, in quasi tutte le Facoltà di Giurisprudenza, il piano di studi è il medesimo; vecchio di decenni, risulta essere un piano chiuso e senza nessun tipo di materie facoltative. Si potrebbe dire che in questo piano di studi si cerca di disporre una serie di materie introduttive (diritto romano, storia del diritto, ecc.) nei primi anni di corso, mentre le discipline che potremo chiamare «positive» (diritto amministrativo, diritto del lavoro, ecc.) sono collocate per lo più nei tre ultimi anni di corso. In questo piano di studi, la materia «diritto canonico» appare tra gli insegnamenti del secondo anno, insieme a economia, parte generale del diritto civile, parte generale del diritto penale, e diritto costituzionale; perciò sembra che la funzione che l'autore del piano di studi volle attribuire alla materia «diritto canonico» fosse fondamentalmente introduttiva, culturale, ecc.

Ma qualunque sia stata la volontà del legislatore che stabilì nel 1953 il vigente piano di studi delle Facoltà di Giurisprudenza, è certo che la materia «diritto canonico» è stata sempre presente nell'insegnamento del diritto nella mia nazione, e perciò ha svolto una sua funzione in conseguenza soprattutto, delle scelte dei docenti. In effetti, l'esistenza di un piano di studi chiuso non ha impedito, anzi, ha facilitato, che il contenuto delle distinte materie sia dipeso fondamentalmente dalla volontà del titolare della cattedra. Infatti, è possibile parlare, accanto ad una funzione teorica, di una funzione reale e di contenuti reali dell'insegnamento del diritto canonico in Spagna.

In un rapidissimo *excursus* della storia più recente della nostra disciplina, e basandomi più su impressioni personali che su dati scientificamente constatati, traccerei il seguente panorama dei contenuti e delle funzioni che essa ha svolto in questo secolo nell'Università spagnola.

Durante il secolo XIX, una parte delle cattedre spagnole di diritto canonico erano state occupate da un gruppo di giuristi corrispondenti al modello che, tanto per intenderci, potremmo chiamare «laico»; alcuni di essi parteciparono attivamente alla vita politica, e favorirono diverse riforme secolarizzatrici dell'ordinamento spagnolo. Per motivi che ignoro, e che secondo me non sono stati ancora studiati, quella canonistica universitaria fu sostituita, all'inizio del secolo attuale, da un'altra che corrispondeva ad un modello ben diverso. Si trattava soprattutto di chierici, con una formazione giuridica non molto profonda, che trasformarono la disciplina in qualcosa più vicino alla

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

religione, e talvolta all'apologetica, che al diritto. Sebbene con molte eccezioni, questo fu l'orientamento generale sino alla metà del secolo, e per di più, con un inasprimento di posizioni provocato dallo scoppio della guerra civile del 1936, che condizionò lo sviluppo del più antico settore confessionale dell'ordinamento giuridico.

Ma sia le generazioni sia i fervori postbellici passano, e così a metà degli anni cinquanta, intorno a nomi ben individuati, cominciò a delinearsi un orientamento che, rimanendo fedelissimo ai postulati ecclesiali, sottolineava però gli aspetti giuridici dell'insegnamento del diritto canonico; torneremo più avanti su questo argomento.

Un ordinamento tanto marcatamente confessionale come quello del regime del Generale Franco, faceva numerosi riferimenti al diritto della Chiesa per regolare determinate istituzioni giuridiche. Con ogni probabilità, la maggior incidenza sociale di tale riferimento si aveva in materia di diritto matrimoniale. Certo non è questa la sede per esporre il sistema matrimoniale vigente in Spagna a quei tempi, ma non credo di andare contro il vero in modo grave se affermo che, di fatto, quasi tutti i matrimoni celebrati in Spagna venivano regolati, per decisione dello Stato, attraverso la legislazione canonica.

Se questa era la soluzione normativa, nessuno potrà essere sorpreso che la canonistica universitaria spagnola rivolgesse la sua attenzione in particolare al diritto matrimoniale canonico. Non ci sarebbe nulla da obiettare a questa presa di posizione, se non fosse che la preferenza per il diritto matrimoniale fece spesso dimenticare altri settori della scienza canonistica di indiscutibile interesse per la formazione del giurista. Si potrebbe addirittura negare l'opportunità di questa scelta da un punto di vista, per così dire, più utilitaristico: in fondo, nella giustificazione stessa di questa opzione, si celava il germe della sua stessa distruzione. In altre parole, se il diritto canonico che doveva essere spiegato nelle facoltà era quello matrimoniale, data la sua connessione con l'ordinamento spagnolo, quando tale connessione fosse venuta a mancare, — cioè quando il diritto matrimoniale canonico avesse smesso di essere vigente in Spagna —, l'insegnamento del diritto canonico avrebbe dovuto scomparire dalle facoltà di Giurisprudenza.

E quel che doveva succedere, dato che stava succedendo dovunque, successe: con il cambiamento della forma di governo e del regime politico in Spagna, si produsse un'innovazione dell'ordinamento, che fece sì che il diritto matrimoniale canonico non fosse più diritto spagnolo o, come minimo, che la sua recezione fosse molto differente. Ciò implicò, in modo inevitabile, che quei docenti che avevano rivolto la loro attenzione quasi totalmente al diritto matrimoniale e che avevano trascurato le altre componenti del diritto canonico, rimanessero praticamente senza materia. I primi tentativi di porre rimedio a tale situazione si indirizzarono nel senso di inserire l'insegnamento del diritto matrimoniale civile nell'insegnamento del diritto canonico, giungendo,

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

in alcuni casi, ad aggiugervi tutto il diritto di famiglia. Le persone coinvolte in questo tentativo sono coloro che reclamano la creazione di Cattedre di Diritto della Famiglia e, come si può ben immaginare, questo argomento smette di essere oggetto della nostra attenzione perché non rientra nel tema di questo intervento.

Ma non tutti optarono per questa via. Furono molti coloro che, a causa del cambiamento politico avvenuto in Spagna, pensarono che la loro funzione di professori di diritto canonico dovesse evolvere in quella di docenti di diritto ecclesiastico. Lo spostamento in questa direzione fu così forte che giunse addirittura a far scomparire tutte le cattedre di diritto canonico e a farle divenire cattedre di diritto ecclesiastico; con il paradosso, però, che la materia «diritto ecclesiastico» non esiste nei piani di studio, mentre quella «diritto canonico» è obbligatoria e insegnati dai titolari delle cattedre di diritto ecclesiastico. Curiosamente, questo spostamento verso il diritto ecclesiastico, in molti casi nascosto dietro una facciata laicizzante, racchiudeva in sé una sostanziale scommessa apologetica; in un certo senso, credo di poter affermare che per alcuni il diritto ecclesiastico non fosse nient'altro che il vecchio *ius publicum ecclesiasticum externum*. È giusto però riconoscere che all'altro estremo, per così dire, dello spettro ideologico, altri hanno utilizzato il diritto ecclesiastico come arma contundente contro la Chiesa cattolica. Ma l'analisi di queste due posizioni, e di tutte le intermedie, ci distraerebbe dall'oggetto del nostro intervento, per cui vi rinuncerò.

Insomma, relativamente all'ultimo mezzo secolo, sotto il nome di «diritto canonico» abbiamo incontrato, in successione, la apologetica, il diritto matrimoniale e il diritto ecclesiastico. Ma questo riassunto, a causa della sua brevità e la sua generalità è inesatto e forse esageratamente pessimista. Insieme a tutto questo, è esistito sempre un autentico diritto canonico, come pure è esistita una sua elaborazione scientifica nelle Università della mia nazione; forse questa non era la componente maggioritaria, ma non per questo la sua esistenza era meno reale. Proprio alla autentica scienza spagnola del diritto canonico mi riferirò qui di seguito.

Ho avuto l'opportunità in altra sede di sviluppare a fondo l'argomento, ma credo di poter riassumere la mia posizione al riguardo affermando che successivamente alla promulgazione del *Codex* del 1917, sono esistite quattro grandi scuole canonistiche. La prima è la scuola esegetica, formata dai canonisti di curia e da quelli che seguirono fedelmente i Decreti della Sacra Congregazione dei Seminari e delle Università del 1917 e 1918 sul metodo di insegnamento del diritto canonico: fedeli seguaci del Codex, anche nell'ordine sistematico del loro corso di insegnamento, potremmo dire che costituivano la canonistica ufficiale della Chiesa.

La seconda sarebbe quella che in Spagna abbiamo chiamato scuola

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

italiana o dogmatica, formata dall'insieme di canonisti laici — adopero questo termine nel senso spagnolo e canonico, non nel senso italiano — che ricoprivano le cattedre della università italiana. I nomi di Del Giudice o Jemolo, e una lunghissima lista che giunge sino ai nostri giorni sono prova sufficiente dell'importanza di questa scuola. Molto lontana da posizioni monolitiche, vive di uno straordinario pluralismo al suo interno: probabilmente l'unico nesso d'unione tra i suoi membri — a parte quello meramente accidentale di coprire cattedre in università italiane — è costituito dall'uso del metodo giuridico secolare per lo studio del diritto canonico.

La terza grande scuola canonistica contemporanea sarebbe quella sorta intorno a Klaus Mörsdorf a Monaco di Baviera e che potremmo chiamare scuola sacramentale. Con una forte preoccupazione teologica, mira a risolvere l'eterno problema della natura del metodo proprio del diritto canonico, affermando che il diritto canonico è una disciplina teologica cui conviene il metodo giuridico.

Infine, in ordine cronologico, parliamo della scuola che è stata chiamata scuola di Navarra, e che sarebbe più giusto chiamare scuola di Pedro Lombardía. Sorta nell'Università dell'Opus Dei, e quindi della Chiesa cattolica, e situata in questa provincia spagnola, ha avuto tuttavia una forte espansione nell'àmbito delle Università statali spagnole: si pensi che praticamente la metà dei professori universitari spagnoli di questa materia, si sono formati in essa o vicino a persone che in essa, a loro volta, si erano formate. Dal mio punto di vista, la scuola di Lombardía costituirebbe un tentativo di miglioramento della scuola italiana, tenendo presente più di quanto questa facesse il dato teologico, ma senza negare la giuridicità propria e metodologica del diritto canonico.

Orbene, se questo era il panorama della scienza canonistica internazionale tre decenni fa, qual era il panorama in Spagna? O, se si prefeirsce, in che modo furono recepite queste scuole in Spagna?

Fino a tempi molto recenti, buona parte delle cattedre spagnole di diritto canonico erano occupate da chierici: in molte occasioni, la cattedra universitaria era per loro solo il prolungamento delle attività ecclesiali, o meglio un titolo in più nel loro *curriculum* di ecclesiastici. Il loro contatto con l'Università prima di accedere alla cattedra era praticamente inesistente e la loro formazione di canonisti aveva avuto luogo in centri ecclesiastici. Non soprenderà, dunque, che un vasto gruppo dei professori universitari spagnoli di un quarto di secolo fa, fosse riconducibile alla scuola esegetica.

In quel panorama spiccava un nome: José Maldonado. Con una solida formazione giuridica, giunse ad occupare una cattedra di diritto canonico. Un giurista, un docente universitario, negli anni quaranta, doveva volgere il suo sguardo all'Italia; così fece il professor Maldonado, ed è luogo comune affermare che egli fu il primo ad introdurre

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

il pensiero della scuola dogmatica italiana nel mio paese. Compito questo, a cui partecipò nello stesso periodo il professor De Echevarría, che nonostante la sua personale condizione di chierico, non era annoverabile tra i componenti della scuola esegetica.

Ma furono gli anni cinquanta che permisero una solida recezione della scuola italiana. Ne furono artefici Alberto Bernárdez, discepolo diretto di Maldonado, a cui (tra gli altri meriti) va attribuito quello di aver scritto il primo manuale spagnolo di diritto matrimoniale canonico con una metodologia prettamente giuridica e di essere tra i primi ad aver gettato le basi dell'elaborazione di un autentico diritto ecclesiastico; e, soprattutto, Pedro Lombardía.

Mi pare un fatto innegabile che le solide basi del rapporto tra la canonistica italiana e quella spagnola abbiano la loro principale origine nel professor Lombardía. Il contatto personale di Lombardía con Del Giudice prima, e con il resto della canonistica italiana poi, consentí lo stabilirsi di feconde vie di comunicazione. Ma questo studioso non si limitò a portare le costruzioni teoriche italiane in Spagna: fece sí, piuttosto, che queste fossero sottoposte a revisione critica.

Come ho già detto poco fa, Pedro Lombardía fonda la scuola che si suole chiamare di Navarra, e da lì attende ad un duplice compito: in primo luogo, cerca di superare le posizioni della Scuola italiana; in secondo luogo, forma un elevato numero di discepoli che avrebbero poi ricoperto numerose cattedre universitarie, con conseguente aumento del prestigio dell'insegnamento del diritto canonico nell'Università spagnola.

Poche furono le aree della scienza del diritto canonico a cui non si siano applicati i membri di questa Scuola: la teoria generale, il diritto matrimoniale, il patrimoniale, il diritto amministrativo, ecc. Si cercò di applicare la tecnica giuridica come avevano fatto gli italiani, ma con una fedeltà radicale alle indicazioni della gerarchia. Non è questa la sede per indicare le differenze tra l'una e l'altra scuola ma, se dovessi dare un solo esempio, mi riferirei al diverso concetto di giuridicità del diritto divino: per Hervada, e con lui altri, si tratterebbe di giuridicità propria; per Del Giudice e i suoi, vi sarebbe giuridicità propria solo dopo il processo della *canonizatio* cioè dopo un intervento dell'autorità umana che conferisce carattere pienamente giuridico al precetto divino.

Nel bene o nel male, la cosa è opinabile, il primo obiettivo della scuola di Navarra fu raggiunto. Anche il secondo lo fu, dato che gran parte delle cattedre spagnole di diritto canonico furono assegnate a discepoli di Lombardía, e da esse si tentò, per un certo tempo, di insegnare un diritto canonico fedele al magistero della Chiesa, ma anche fedele alla funzione formativa che gli spetta in una facoltà di Giurisprudenza dello Stato.

Quanto poi alla scuola di Monaco, la sua presenza nell'università spagnola è meno significativa rispetto alle altre scuole. Illustri suoi

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

rappresentanti, come monsignor Rouco, sono spagnoli, ma non hanno mai coperto cattedre in una università statale spagnola. Una certa influenza di questa scuola si intravede in Alfonso Prieto e in un suo discepolo, Lamazares, che, con maggior chiarezza, reclama la sua appartenenza a questa scuola; l'interesse per altre attività dei pochi membri di questo gruppo fa sì che la presenza dei postulati della scuola sacramentale in Spagna sia stata poco più che una testimonianza.

Ma forse conviene che faccia espressamente riferimento alla situazione attuale, all'oggi della canonistica universitaria spagnola.

Se dovessi caratterizzare la situazione che sta vivendo il diritto canonico nell'Università del mio paese con una sola parola, sceglierei la seguente: dispersione. Da un lato, l'istaurarsi di un sistema politico di democrazia non confessionale, in contrasto con il sistema previgente autocratico e fortemente confessionale, produsse in alcuni settori di docenti universitari l'idea, scientificamente insostenibile, che l'insegnamento del diritto canonico fosse una manifestazione di confessionalità e, per estensione, contrario alla democrazia; questa tesi ebbe il sostegno di alcuni canonisti che si precipitarono verso rifugi più «laici», come il diritto ecclesiastico. Il secondo elemento di dispersione è invece costituito dalla scomparsa di coloro che erano i «capigruppo» dei due grandi blocchi che riunivano la maggior parte dei professori universitari della disciplina: Pedro Lombardía, intorno al quale, come è naturale, si raggruppavano i membri della scuola da lui fondata, e Lamberto de Echeverría, che riuniva, nonostante le loro differenze, i chierici che ricoprivano cattedre nell'università statale e alcuni altri. Ma posto che questa dispersione sia certa, in che modo si presentano oggi le scuole nelle università del mio Paese? Comincerò da quella più genuinamente spagnola: quella di Navarra.

Scomparso Pedro Lombardia, e considerando per il momento coloro che ne furono discepoli diretti e si formarono nell'Università della Navarra, disponiamo dei seguenti dati: di una dozzina di persone, cinque non ricoprono una cattedra di diritto canonico nell'Università statale, tre la ricoprono ma con il regime di impegno che in Spagna si chiama tempo parziale, e solamente quattro ne sono cattedratici a tempo pieno.

Ma abbiamo un altro dato: la rivista «Ius Canonicum», fondata da Pedro Lombardía e organo naturale di espressione della sua scuola. Se esaminiamo i tre ultimi numeri a disposizione, e senza tener conto della trascrizione degli interventi in occasione di una cerimonia in memoria del professor Lombardía, vedremmo che su un totale di trentotto lavori monografici solo quattro sono firmati da professori universitari discepoli di Lombardía.

Da ultimo — ma quanto espongo costituisce un'impressione più che un dato — non sembra che nell'Università di Navarra esista un numero cospicuo di persone disposte alla «conquista» di una cattedra

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di diritto canonico nell'Università statale, mentre pochi anni fa il problema era esattamente l'opposto: reperire le cattedre sufficienti per soddisfare coloro che ad esse anelavano.

A quale conclusione intendo giungere sulla base di quanto ho appena detto? Affermare che la scuola di Navarra non esista più sarebbe probabilmente inesatto, ma appare chiaro, nel caso in cui ancora esista, che essa ha rinunciato a svolgere un ruolo di rilievo nel mondo del diritto canonico universitario spagnolo, intento invece sempre perseguito con particolare impegno da Pedro Lombardía. Navarra sta smettendo di esistere per i canonisti universitari spagnoli.

Ma l'assenza di una scuola di Navarra attiva nell'Università spagnola non ha implicato che il suo posto venisse occupato da un'altra. Il vasto numero di chierici, che tempo addietro ricoprivano cattedre nell'Università, è diminuito poco a poco e, come già ho detto, la presenza della scuola sacramentale è praticamente a livello di mera testimonianza.

Forse è giunto il momento di chiudere, riassumendo quanto detto per giungere ad alcune conclusioni e, addirittura, per cercare di prospettare alcune previsioni per il futuro.

Cause non pienamente studiate, ma aggravate dal risultato della guerra civile, permisero che gli insegnamenti universitari di diritto canonico si confondessero con l'apologetica. Il primo tentativo di sfuggire a queste posizioni si trasformò in una preoccupazione quasi totale per il diritto matrimoniale. Quando il sistema matrimoniale civile spagnolo cambiò radicalmente, non ebbe più senso dedicarsi in modo quasi esclusivo al diritto matrimoniale e ciò, insieme al nuovo tentativo di dotarsi di una facciata «laica», portò alla scoperta del diritto ecclesiastico. Nonostante ciò, in quasi tutte le facoltà spagnole di Giurisprudenza, la materia «diritto canonico» continuava ad essere, come è ancor oggi, obbligatoria; ma contemporaneamente si è venuto producendo un certo disinteresse, una certa dispersione, della canonistica spagnola, nell'impartire ai suddetti insegnamenti. Paradossalmente proprio qui sta il problema; cercherò di spiegarmi.

Il numero delle facoltà di Giurisprudenza in Spagna è raddoppiato negli ultimi dieci anni e in ciascuna di esse il numero degli studenti cresce incessantemente; dato che il «diritto canonico» è materia obbligatoria del secondo anno, la necessità di disporre di professori è aumentata a un ritmo molto più rapido di quello sostenibile con una adeguata formazione di nuovi docenti. Probabilmente, questo elevato aumento delle possibilità di accedere alla condizione di professore, accentuato, inoltre, da una legislazione permissiva fino a limiti impensabili, ha portato a un generale disorientamento e alla dispersione. Una nazione come la mia non può produrre venti professori universitari di diritto canonico in cinque anni, cioè al ritmo che le circostanze hanno imposto.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Risultano dunque assenti, per decesso, per abbandono dell'insegnamento o per altre ragioni, i migliori canonisti dell'ultimo quarto di secolo; ogni anno aumenta, d'altra parte, il numero degli studenti di diritto canonico. Chi vi parla riesce a malapena a intravedere una soluzione per evitare che il degrado diventi irreparabile e sa che la soluzione che prospetta dispiacerà alla maggior parte dei miei colleghi: vorrei che la nostra materia perdesse importanza nei piani di studio, per acquistare così una dimensione sufficentemente padroneggiabile a far sí che si possano realmente formare professori che ne garantiscano l'insegnamento. Personalmente, considero preferibile che solo alcuni studenti di giurisprudenza ricevano una adeguata formazione di diritto canonico anziché fornirne a tutti un'inadeguata; il diritto canonico, come scienza, è cosa troppo seria per poter soffrire frivolezze, e direi che in Spagna, in questo momento, alcune frivolezze si stanno già commettendo.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

LUCA MANNORI

LA NASCITA DEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO IN ITALIA

(A proposito di: P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990).

1) Nella sua prefazione al recente libro di Piero Aimo sul primo sistema di contenzioso amministrativo italiano, Ettore Rotelli ha rilevato, del tutto a ragione, che esso «non è paragonabile con altri precedenti sullo stesso periodo e sullo stesso argomento». In effetti, chi scorra la letteratura (peraltro non certo abbondante) sulla giustizia amministrativa peninsulare anteriormente alla svolta del 1865 si trova di fronte a contributi incentrati quasi esclusivamente sullo studio delle sole fonti legislative e dottrinali. Eccezion fatta per l'opera di Salvatore Sambataro relativa al contenzioso piemontese (1) (opera che comunque si limita ad utilizzare materiali pubblicati, e come tali da sempre noti agli addetti ai lavori) (2), nessuno fino ad ora si era mai accinto a studiare la giustizia amministrativa preunitaria 'in presa diretta', per così dire; cioè attraverso una analisi a tappeto della sua stessa giurisprudenza. Su tale strada — tanto più impervia da percorrere quanto più sicura ed affidabile nei suoi punti di arrivo — si è appunto incamminato Piero Aimo, con uno studio che non è esagerato definire pionieristico. Per la prima volta è possibile, grazie alla messa in valore di una grossa mole di materiale inedito, disporre dello spaccato vivo di un sistema di contenzioso, seguendo il suo processo di formazione e di trasformazione non solo attraverso i dibattiti politici ed il confronto dottrinale (a cui pure nell'opera viene dato ampio risalto), ma anche nell'atteggiarsi della prassi e nelle scelte concrete degli operatori. Il tutto in una prospettiva storiografica consapevolmente e dichiaratamente antiformalista, e quindi sempre attenta alle interrelazioni tra i dati giuridico-istituzionali e la realtà sociale.

Nel complesso, quindi, un lavoro che si pone come un modello di

(1) S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977.

(2) Cfr. per es. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, s.d. (ma 1910), p. 376 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

metodo per chiunque si confronti con analoghe tematiche ottocentesche. Ma ancor prima un lavoro che per la complessità e la ricchezza del suo angolo d'osservazione stimola il lettore a ripensare con una nuova consapevolezza il significato storico della giustizia amministrativa — qui colta proprio nel suo delicatissimo momento genetico —; e che allo stesso tempo, come tutti i contributi autenticamente innovativi, gli pone l'urgenza di una serie di ulteriori approfondimenti, dischiudendogli orizzonti di ricerca fino ad ora insospettati.

2) Nonostante tutto l'inchiostro versato dagli storici del diritto continentali per spiegare le ragioni che hanno determinato il consolidarsi degli istituti di giustizia amministrativa prima in Francia, ed in seguito nella maggior parte degli Stati appartenenti alla sua stessa area di esperienza giuridica, l'emersione concreta di un sistema di contenzioso, quale quello dell'Italia napoleonica qui ricostruito da Aimo, si presenta ancora come un fenomeno assai resistente ad una compiuta, e veramente appagante comprensione storiografica.

Per quanti motivi si possano addurre a sua giustificazione, in effetti, la giustizia amministrativa conserva, nell'ambito del così geometrico edificio costituzionale inaugurato dagli uomini della Rivoluzione e del Consolato, certi tratti del tutto paradossali — tant'è che la *sanior pars* del liberalismo ottocentesco non riuscì mai ad accettarla completamente —. Nel momento stesso, infatti, in cui si sancisce la completa separazione tra funzione giudicante e funzione amministrativa, affidando l'una e l'altra a due ben distinti poteri e ponendo così termine alla tanto vituperata 'confusione' organizzativa dell'ordine antico; giusto allo scoccare di quest'ora così solenne — che è poi quella della nascita virtuale dello Stato contemporaneo —, ecco che si vede inopinantamente sottratta alla naturale cognizione del giudice proprio l'area delle controversie più delicate e più evidentemente bisognose di rigorose garanzie — quelle cioè tra lo Stato e i suoi membri: la cui risoluzione viene riservata ad una istanza appartenente a quello stesso potere esecutivo che in esse compare come controparte del cittadino.

Se dunque la funzione del giudice consiste nel giudicare e quella dell'amministratore nell'amministrare — principio, questo, di cui noi stessi siamo debitori ai legislatori di fine Settecento, e che quindi non è lecito pensare essere stato per essi meno chiaro — come dar conto del prodursi di questa macroscopica deviazione dalla loro ideologia-guida?

Gli storici fin dall'inizio hanno risolto il problema aggirandone i profili dogmatici, ed offrendone invece una spiegazione *a posteriori* in apparenza abbastanza soddisfacente — spiegazione che già apparteneva, peraltro, al bagaglio di argomenti polemici proprio degli avversari ottocenteschi del giudice amministrativo —: quella, cioè, relativa alle prevenzioni della classe dirigente rivoluzionaria nei confronti dell'autorità giudiziaria. Ammaestrata dalla drammatica storia della monarchia francese, essa avrebbe infatti temuto che i giudici potessero continuare

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

a manifestare, rispetto al nuovo apparato esecutivo, quell'atteggiamento pregiudizialmente ostile già caratteristico delle antiche corti di giustizia verso i 'commissaires departis' dei secoli XVII-XVIII; preferendo allora sacrificare qualcosa della razionalità formale del loro progetto all'esigenza di assicurargli una maggiore solidità, e affidando quindi *ab origine* tutto il contenzioso con lo Stato ad un organismo che desse più 'confiance' all'amministrazione.

Questa comoda motivazione — si può rilevare però sulla scia della storiografia meno antica (3) — dà evidentemente per scontato che quella classe dirigente rivoluzionaria e napoleonica non si rendesse ben conto della differenza abissale intercorrente tra la vecchia ed infida *noblesse de robe*, ed i nuovi giudici elettivi o professionali che essa stessa aveva introdotto per amministrare la giustizia nell'ordine nuovo in luogo di quegli obsoleti apparati. L'argomento funziona, cioè, solo presupponendo che gli artefici dello Stato ottocentesco, cedendo a «préjugés» indotti dall'esperienza storica precedente, sopravvalutassero di molto la potenziale aggressività di un ordine giudiziario che, essendo stato rifondato *ab imis* proprio per vivere in perfetta armonia con lo spirito del nuovo ordinamento, vi era ben poca ragione di temere. Il che, se è forse ancora credibile in qualche misura nell'ambito del decennio rivoluzionario, lo diventa assai meno a partire dall'età napoleonica, quando la magistratura assumerà definitivamente l'aspetto di un corpo di burocrati saldamente incardinati nella struttura esecutiva, dotati di garanzie soggettive (tra l'altro) abbastanza limitate, e di fatto del tutto disinteressati a contrastare seriamente l'agire dell'amministrazione.

Per quanto riguarda il Regno Italico, in particolare, (ove peraltro la 'paura del giudiziario' non può evidentemente vantare radici autoctone nel sostrato storico d'antico regime), lo studio di Aimo non solo non ha evidenziato alcun atteggiamento pericolosamente ostativo da parte della magistratura ordinaria nei confronti del secondo potere, ma al contrario ha constatato una preoccupazione tale, da parte sua, nel rispettare le prerogative dell'esecutivo che il governo stesso la ritenne del tutto eccessiva (4); mentre il Consiglio di Stato medesimo — che oltre ad essere la principale giurisdizione amministrativa era anche il giudice dei

(3) Pensiamo, per es., ai noti contributi di P. SANDEVOIR (*Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, p. 50 ss.), di J. CHEVALLIER, (*L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, p. 70 ss.) o di M. TROPER (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1974, p. 51 ss.).

(4) Tanto che il ministro della giustizia, nel 1807, pensò di sollecitare al sovrano un atto di interpretazione autentica con cui tranquillizzasse i giudici circa la reale estensione delle loro attribuzioni (P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di Prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990, pp. 109-111).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

conflitti tra i due poteri — richiamò in varie occasioni il giudiziario all'esercizio delle proprie competenze istituzionali, stigmatizzando come controproducente la sua timidezza (5).

Il timore dell'invadenza del giudiziario, quindi, nella misura in cui fu avvertito, non fu che il timore di un feticcio. E sebbene ciò non escluda che esso abbia potuto pesare ugualmente sulle scelte del legislatore in una fase così decisiva e delicata della formazione dello Stato, sembra francamente eccessivo attribuirgli la responsabilità di un assetto organizzativo che dura tuttora nella maggior parte dei Paesi del continente.

Ridimensionata, quindi, la motivazione 'politica', si può ritenere che l'istituzione della giustizia amministrativa ubbidisca invece ad esigenze di carattere pratico e — per dir così — 'efficientistico'.

L'argomento, in effetti, per cui la rapidità e la prontezza richieste dall'azione amministrativa non sarebbero compatibili con la lentezza e la formalità della procedura giudiziaria ricorre continuamente sulla bocca dei legislatori e dei giuspubblicisti della prima metà dell'Ottocento, fino a costituire un vero e proprio luogo comune. Ed il libro di Aimo dimostra che anche nell'ambito della Repubblica Italiana e del Regno Italico ad esso ci si richiamò sovente per giustificare l'introduzione e il mantenimento di un giudice speciale dell'amministrazione caratterizzato da una maggiore *souplesse* procedimentale rispetto alle corti ordinarie.

Per quanto più calzante e convincente della prima, questa motivazione, però, se proiettata sul lungo periodo, rischia di provare troppo.

È noto, infatti, che gli organismi del contenzioso, nell'atto stesso in cui giustificavano con simili ragionamenti la loro specialità rispetto al giudice giudiziario, fin dall'inizio presero a modellare le proprie procedure operative su quelle tradizionalmente tipiche di quest'ultimo, in parallelo alla costante rivendicazione di una loro natura para-giurisdizionale; né in Italia le cose andarono diversamente, come Aimo abbondantemente dimostra (6). E benché certo il processo amministrativo ottocentesco risulti in genere più agile di quello giudiziario, tale differenza tenderà a ridursi progressivamente con l'innalzamento dei livelli

(5) Cfr. sul punto L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, pp. 141-143: ove si rimarca, sulla scorta della giurisprudenza pubblicata in materia di conflitti, che generalmente, nella prassi del Regno, era il giudice civile a rimettere spontaneamente gli atti al Consiglio di Stato quando in corso di causa si presentava un «dubbio» relativo ad un possibile difetto di attribuzioni, senza mai attendere l'elevazione formale del conflitto da parte del prefetto. Il Consiglio, per parte sua, nella maggior parte dei casi esaminati dichiarò infondata la questione ed impose al giudice di procedere.

(6) *Le origini della giustizia amministrativa*, cit., pp. 290-296, con riferimento ai Consigli di Prefettura (ma considerazioni analoghe valgono a maggior ragione per il Consiglio di Stato: *ibidem*, p. 284-289).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

di garanzia. La ricerca stessa di Aimo, del resto, evidenzia come già i processi davanti ai Consigli di Prefettura e al Consiglio di Stato del Regno d'Italia, per quanto contenuti entro tempi ragionevoli, richiedessero pur sempre uno-due anni per ogni grado di giudizio (7). Mentre in seguito altri contenziosi preunitari — come quello del Regno delle Due Sicilie — si caratterizzeranno per una lentezza ed una macchinosità burocratica che niente avrà da invidiare (se stiamo alle testimonianze dei contemporanei) a quella del foro ordinario (8).

D'altra parte, Aimo ha rilevato che nell'ordinamento da lui studiato l'amministrazione attiva si garantì fin dal principio contro gli eventuali pregiudizi che le more processuali avrebbero potuto arrecare all'interesse pubblico col riservarsi gelosamente la facoltà di emanare in corso di causa ogni 'provvidenza economica' richiesta dalla pubblica utilità (9). Come a dire, in sostanza, che essa conservò intatto il potere di dare piena esecuzione ai suoi deliberati durante tutto lo svolgimento del giudizio amministrativo. E non sarebbe stata questa una garanzia sufficiente anche contro le 'lentezze' del giudice giudiziario?

A spiegare, ed insieme a giustificare l'esistenza di una giurisdizione amministrativa autonoma rispetto a quella ordinaria soccorre infine un altro argomento di carattere generale che godrà grande fortuna soprattutto a partire dal dibattito francese degli anni Venti: quello, cioè, che vede nella specialità del giudice dell'amministrazione una naturale conseguenza della specialità delle materie su cui il suo sindacato è destinato ad esercitarsi. La specificità del contenzioso amministrativo, in altre parole, richiederebbe una particolare preparazione ed esperienza professionale in chi è chiamato a conoscerne rispetto alle materie civili: ciò costituendo un motivo sufficiente per la costituzione di un apparato giudicante *ad hoc*, interno all'amministrazione.

Se però l'esigenza fosse stata solo quella della specializzazione tecnica dei giudici, si sarebbe davvero pervenuti tanto facilmente, già durante la Rivoluzione, a sacrificare ad essa un principio così importante come quello della assoluta terzietà del giudice e della unicità della giurisdizione, in nome del quale furono ovunque soppressi i vecchi fori riservati d'antico regime? E perché invece non si scelse di soddisfare questo particolare bisogno costituendo, per esempio, delle sezioni specializzate in seno al potere giudiziario?

Il fatto è, in realtà, che l'esclusione del sindacato giudiziario dall'azione amministrativa nasce da un motivo storico ben più profondo rispetto a quelli, di carattere empirico o contingente, fin qui richiamati.

---

(7) *Ibidem*, p. 354 (per il Consiglio di Stato) e p. 294 (per i Consigli di Prefettura).

(8) Come ha ricordato C. GHISALBERTI, *Per la storia del contenzioso amministrativo nel Regno meridionale*, in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, 1963, p. 135.

(9) Cfr. in breve i due schemi riassuntivi delle competenze dei vari organismi in materia contenziosa fornite da Aimo alle pp. 78 e 329 del suo volume.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Un motivo che, per quanto relativamente inespresso nel dibattito dell'epoca (al pari delle ragioni decisive di molte altre grandi scelte istituzionali, esso era solo imperfettamente presente alla coscienza dei contemporanei), si salda ad un aspetto strutturale del nascente ordinamento pubblicistico.

Nel momento stesso, infatti, in cui si scelse di conferire alla amministrazione l'assetto di un *potere* costituzionale, soggettivamente autonomo rispetto al legislativo e al giudiziario, risultò impossibile lasciare ai giudici l'esercizio della giurisdizione sulla sua attività: e ciò indipendentemente dal loro grado di affidabilità politica. Diversamente, ogni determinazione di un qualsiasi organismo amministrativo avrebbe potuto essere assoggettata a riesame da parte di un altro potere dello Stato, al quale sarebbe in ogni caso rimasta l'ultima parola circa l'esplicazione di funzioni pur ad esso formalmente aliene. Il risultato sarebbe stato quello di una specie di governo di giudici, o se si vuole di uno Stato di giustizia, nella sua ispirazione fondamentale non dissimile dagli ordinamenti continentali paleo-moderni o da ciò che saranno ancora gli ordinamenti anglosassoni nel corso dell'Ottocento.

Difficile dire se quest'ultima alternativa fosse già stata definitivamente scartata durante l'ultima fase di sviluppo delle grandi monarchie europee — fase caratterizzata ovunque da un processo di duplicazione e di autonomizzazione reciproca delle burocrazie pubbliche —, oppure se nel drammatico volgere del secolo XVIII esistesse ancora lo spazio per un suo rilancio. Fatto sta che il legislatore rivoluzionario e napoleonico finì per formalizzare l'esistenza di un potere amministrativo dotato di una pari dignità istituzionale rispetto al giudiziario (e ciò non certo perché diffidasse dei suoi giudici, ma perché non seppe o non volle rinunciare al formidabile sistema di governo centralizzato e gerarchizzato di cui la monarchia aveva gettato le fondamenta). Una scelta che già implicava per forza — al di là della stessa consapevolezza dei suoi autori — la necessità di riservare all'amministrazione il potere di soddisfare in piena autonomia la domanda di giustizia relativa all'esercizio delle sue attribuzioni. Il divieto diretto al giudice ordinario di «connaître» di materie amministrative sta e cade, insomma, con la decisione di separare organicamente 'amministrazione' e 'giustizia'. E per quanto esso possa sembrare contraddittorio col principio stesso di quella separazione, in realtà ne costituisce un presupposto istituzionale irrinunciabile.

Del resto, tale profonda necessità strutturale (che più tardi la dottrina amministrativistica d'oltralpe esprimerà egregiamente per mezzo del noto brocardo: «juger l'administration c'est encore administrer») non governa certo il solo sistema francese, ma può esser reperita a grandi linee in tutte le organizzazioni continentali evolute a partire dalla fine del Settecento. Lo stesso lavoro di Piero Aimo, in particolare, ha confermato con dovizia di dati come durante tutto il periodo

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

napoleonico la giurisprudenza lombarda (anche quella più favorevole alla massima espansione del sindacato giudiziario) abbia individuato la linea fondamentale di discrimine tra i due poteri nel principio che riserva esclusivamente all'amministrazione le controversie relative alla «interpretazione ed applicazione delle Leggi e Regolamenti» amministrativi, e lascia dunque al giudice ordinario il solo contenzioso risolubile applicando il diritto civile (10).

Orbene, questo criterio di riparto, che non trova alcun riscontro in una esperienza francese ove vigevano parametri di distinzione assai diversi, non faceva che riprodurre alla lettera quello dettato, ad identici fini, dalla cancelleria di Giuseppe II nel 1786 — quando, cioè, nella Lombardia austriaca si pervenne appunto ad una compiuta separazione tra autorità 'politiche' e giudiziarie (11).

Per converso, anche quando, nel corso dell'Ottocento, si proporrà o si realizzerà effettivamente un ritorno alla giurisdizione unica, con conseguente soppressione dei tribunali amministrativi, nessuno penserà mai di distrarre dall'area delle attribuzioni amministrative tutto quanto il contenzioso materiale tra i privati e lo Stato. Ad esser riconquistate alla cognizione giudiziaria, anzi, saranno sempre zone di litigiosità piuttosto circoscritte — come insegna l'esperienza belga del '31 (12) e quella italiana del '65 (13) —, mentre il grosso delle controversie pubblicistiche risulterà devoluto alle autorità dell'amministrazione attiva. E ciò proprio in quanto dietro a tali operazioni non sta mai un progetto di sconfessione o di superamento della logica della separazione

---

(10) Formalizzata da alcuni testi legislativi del periodo repubblicano (*Le origini della giustizia amministrativa*, cit., pp. 50-52), la formula in discorso fu poi costantemente richiamata fino alla fine del Regno per delimitare l'area delle attribuzioni giudiziarie a fronte di quelle amministrative (op.cit., pp. 317-324), a dispetto dell'avversione manifestata nei suoi confronti da certa dottrina (come altrove chi scrive ha evidenziato: MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, II, *La scoperta*, cit., cap. III, ove pure si traccia un bilancio della fortuna di questo criterio di riparto nell'ambito della giurisprudenza dei conflitti del Consiglio di Stato).

(11) Il dispaccio giuseppino dell'11 febbraio 1786, infatti, disponeva, al suo art. 18, che tutte le controversie «che potranno emergere dall'esercizio regolativo e coattivo delle facoltà economiche .... siccome esse richiedono soltanto *l'interpretazione e l'applicazione* ai singoli casi delle prescrizioni e regole veglianti nelle materie politiche e camerali, saranno perciò soggette unicamente alla cognizione e dichiarazione dei capi a cui ciò spetterà secondo le rispettive loro istruzioni», restando «eccettuate dal foro contenzioso» (Archivio di Stato di Milano, *Uffici giudiziari*, p.a., cart. 198: corsivo nostro).

(12) I cui limiti sono stati evidenziati da J. ESCARRAS, *Les expériences belges et italiennes d'unité de juridiction*, Paris, 1972.

(13) Sui forti limiti della tutela offerta dal giudice ordinario nel periodo della giurisdizione unica si veda, da ultimo e per tutti, P. GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, all. E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Archivio I.S.A.P. nuova serie*, VI, *Le riforme crispine*, vol. II, Milano, 1990, pp. 43-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

dei poteri, ma solo una sua reinterpretazione da angoli visuali diversi, che comunque ne lasciano assolutamente intatto il nocciolo duro.

L'amministrazione — ecco il punto — per il fatto stesso di porsi come potere autonomo, risulta inevitabilmente titolare di una funzione di 'autodichia' che nessuno può toglierle (14). O, se si vuole, l'esercizio del potere amministrativo, in quanto consistente in una regolazione concreta d'interessi sociali, dà luogo ad una funzione materialmente giustiziale, ancorché consumata in forme diverse da quella proprie della giurisdizione (come si è cercato di dimostrare storicamente in un'altra sezione di questo stesso 'Quaderno'): sì che consentire ad un potere estraneo di reduplicare, sia pure ad istanza di parte, quelle valutazioni che l'amministrazione ha già compiuto, significa negarne l'indipendenza costituzionale. *È proprio perché materialmente affini che amministrazione e giurisdizione non tollerano di sovrapporsi l'una all'altra in alcun punto.*

3) Tutto ciò ritenuto, nasce allora il problema di come organare, all'interno dell'amministrazione, l'evasione di tutta questa domanda sociale di giustizia che risulta sottratta all'apprezzamento giudiziario.

La soluzione napoleonica, di cui Aimo ricostruisce con grande attenzione e finezza l'ordito, consiste nell'avviare una prima separazione tra amministrazione attiva e amministrazione contenziosa, delegando l'una — secondo una celebre formula di Roederer — ad organismi monocratici e l'altra ad organismi collegiali. La scelta avrà, nel bene e nel male, conseguenze decisive su tutto lo sviluppo successivo dell'amministrazione continentale. Dettata da evidenti intenzioni garantistiche, essa ha anche consentito però all'amministrazione (attiva) di spogliarsi di ogni residua connotazione giustiziale e di concentrarsi esclusivamente nella soddisfazione dell'interesse dello Stato-ente. Posto, infatti, che il momento della tutela del cittadino viene dislocato al di fuori del processo decisionale amministrativo, quest'ultimo può svolgersi senza doversi far carico di preoccupazioni di questo genere. L'idea di una tutela preventiva, che si collochi a monte dell'emanazione dell'atto, resterà perciò sostanzialmente estranea a tutta la cultura amministrativistica dei Paesi 'contagiati' dal modello francese.

Proprio per questo, d'altra parte, fin dal principio la storia dell'amministrazione contemporanea sarà segnata da una forte tensione dialettica tra amministrazione attiva e amministrazione contenziosa: tensione di cui solo gli storici recenti hanno avvertito tutta l'importanza, di contro ad una più antica storiografia che incentrava la propria attenzione quasi esclusivamente sul versante dei rapporti tra il giudice amministrativo e quello giudiziario.

Sotto quest'ultimo profilo, il lavoro di Aimo aggiunge una pennel-

(14) Si vedano, per tutti, le lucide osservazioni di M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro italiano*, CVIII (1983), p. 249 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

lata importante ad un quadro complessivo ove prevalgono ancora le zone opache. Grazie al suo approfondito scavo d'archivio, infatti, egli ha posto in luce come i veri 'nemici' del giudice amministrativo nell'Italia napoleonica non furono affatto i magistrati ordinari, bensì i vertici dell'esecutivo, che si sentirono seriamente minacciati nelle loro prerogative dall'introduzione e dal graduale rafforzamento di questo nuovo protagonista istituzionale. I ministri, in particolare, si batterono strenuamente per negare al Consiglio di Stato quella natura di supremo tribunale amministrativo che pure esso rivendicò con fermezza fin dal 1802; si opposero a lungo alla legittima pretesa dei consigli di prefettura di conoscere, nell'ambito delle materie loro attribuite, non solo del contenzioso locale, ma anche di quello con le amministrazioni centrali; cercarono — in parte riuscendovi — di farsi riconoscere ampie zone di immunità dal sindacato dei giudici amministrativi.

Alla luce di questi dati, quindi, l'immagine tradizionale della giustizia amministrativa napoleonica come prodotto di un progetto essenzialmente autoritario, volto a strappare al giudice ordinario alcune tra le sue più delicate attribuzioni per soddisfare ai puri e semplici interessi politici dell'esecutivo — immagine che godette di grande fortuna nell'Italia liberale del 'giudice unico' (15) — può considerarsi interamente superata. Da un lato, infatti, il giudice amministrativo non strappò proprio niente a quello giudiziario, ma si limitò a coprire un'area di competenze che questi già *ab origine* aveva perduto a favore dell'esecutivo. E dall'altro esso dovette combattere una battaglia non facile contro l'amministrazione attiva per far accettare l'idea che una parte almeno del contenzioso pubblicistico avesse natura compiutamente giuridica, e dovesse dunque esser deferito ad un vero e proprio giudice invece che al superiore meglio informato.

Ciò detto, va precisato anche che l'opera di Aimo, per i limiti che essa espressamente si assegna, non consente ancora di fare una luce completa sull'estensione effettiva della tutela offerta dagli organi del contenzioso. Data l'enorme vastità, infatti, del materiale archivistico da esaminare, l'autore ha scelto qui di concentrare la propria attenzione sul contenzioso deferito ai Consigli di Prefettura — i quali, al pari che in Francia, erano giudici d'attribuzione, cioè competenti (in primo grado) nell'ambito di una serie di materie loro attribuite per legge —. A tale livello, dall'indagine sembra emergere, a fronte di un notevole potere di apprezzamento e di disposizione sul rapporto da parte del giudice (16),

(15) Si pensi solo alla presentazione di A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, pp. 280-5.

(16) Come viene evidenziato, per es., nell'ambito del contenzioso relativo agli stabilimenti insalubri e pericolosi: ove il Consiglio di Stato non esita a sostituirsi all'amministrazione nella valutazione di merito degli interessi pubblici e privati in gioco, annullando o confermando le autorizzazioni correlative sulla base di un approfondito giudizio di opportunità (*Le origini della giustizia amministrativa*, cit., pp. 361-364).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

una parallela limitatezza della sua sfera di competenza. Messe da parte quelle controversie tra privati o tra comunità locali che pur a vario titolo ricadevano sotto la giurisdizione amministrativa, e prendendo in esame le sole vertenze tra lo Stato e i cittadini, ci si avvede che il contenzioso di questa natura è in sostanza quasi soltanto quello tributario, quello degli appalti delle opere pubbliche e quello delle indennizzazioni da atti espropriativi.

D'altra parte, il lettore dell'opera viene anche avvertito di come questa competenza enumerata non esaurisse affatto l'area complessiva della giurisdizione amministrativa. Al di sopra, infatti, dei giudici amministrativi periferici, nel sistema del Regno d'Italia si colloca un Consiglio di Stato che — anche qui come in Francia — non è solo il giudice d'appello dei Consigli di Prefettura, ma si pone assai più generalmente come il giudice del «contenzioso amministrativo» *tout court* (stando ad una indicazione legislativa dell'epoca). Fin dall'inizio, cioè, — ci segnala Aimo — la competenza del Consiglio di Stato ebbe natura *generale*: il che significa, in sostanza, che il foro amministrativo non fu mai avvertito dai contemporanei come un'istituzione eccezionale, fondata sulla pura *voluntas legis*, ma che nel giudice dell'amministrazione si vide, già *ab origine*, il titolare di una competenza naturale vasta quanto lo stesso contenzioso giuridicamente rilevante tra lo Stato e il cittadino.

Chiara, dunque, è la direzione di ricerca su cui dovrà incamminarsi chi vorrà completare questo primo scavo giurisprudenziale. Il terreno su cui lavorare è quello della produzione del giudice centrale, della quale Aimo ha esaminato per ora le sole pronuncie rese in grado d'appello rispetto alle decisioni dei Consigli di Prefettura. Resta da vedere quindi in cosa consistesse e come si articolasse tutta la rimanente attività contenziosa del Consiglio di Stato. Allo stato delle ricerche non si sa né quanto questa attività fosse estesa (benché Aimo assicuri che la documentazione archivistica correlativa è imponente), né come, entro quest'ambito, venisse regolato l'accesso alla istanza giurisdizionale (problema, questo ultimo, che involge necessariamente il delicato rapporto tra ricorsi gerarchici e ricorsi contenziosi, sul quale la storiografia francese si è a lungo affaticata). È certo, comunque, che la ricerca su questo versante sarà di sicuro profitto ed interesse, sia sotto il profilo istituzionale (si pensi soltanto che, essendo andati perduti gli archivi del *Conseil d'Etat* dell'Impero a seguito dei fatti del 1871, per la Francia si possono fare solo delle supposizioni circa l'assetto delle sue competenze in quest'epoca: il che moltiplica, ovviamente, il rilievo di un'indagine condotta su di un organismo 'confratello'), sia sotto quello della storia della cultura amministrativa.

A proposito di quest'ultima prospettiva, invero, va ricordato che, stando alle non molte testimonianze dottrinali fin qui studiate, i giuspubblicisti d'inizio Ottocento erano sì, in maggioranza, sostenitori

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

della 'naturalità' della giurisdizione amministrativa; ma al tempo stesso non riuscivano ad assegnare che un'estensione assai limitata a questo contenzioso «par nature», oltre il quale si apriva, ancora vastissima, la zona della c.d. amministrazione pura, entro cui l'unico rimedio esperibile dal cittadino era quello del ricorso gerarchico.

La stessa ala trainante della dottrina italiana del tempo — quella che sta dietro ad un importante progetto di riforma sui tribunali amministrativi elaborato nel 1812 e approfonditamente studiato da Aimo — esclude che «nelle materie regolate dai principi politici e dipendenti dai diritti nella sovranità» si possano sviluppare controversie deferibili al giudice dell'amministrazione in mancanza di una attribuzione legale espressa (17). E per giustificare tale opinione essa richiama espressamente il verbo autorevolissimo del segretario generale del Consiglio di Stato dell'Impero (18): il quale, appunto, rilevava come «quand l'Etat agit par voie de puissance, il n'y a pas à contester; il faut obéir à la souveraineté. Ce n'est pas qu'alors l'Etat n'ecoute les réclamations et ne les pèse; mais il ne plaide pas contre son débiteur politique devant un juge tiers: lui seul est l'arbitre suprême; lui seul décide; jamais il ne devient partie litigante» (19).

Il tenore di queste affermazioni, certamente urtanti per la sensibilità del giuspubblicista contemporaneo (ed in ogni caso tutte da verificare in concreto sul terreno della giurisprudenza, come ora si diceva), non ci deve tuttavia condurre di nuovo ad una svalutazione aprioristica del sistema di giustizia amministrativa napoleonico. Dettate certamente non solo e non tanto da preoccupazioni di carattere politico, quanto dalla stessa difficoltà concettuale di impostare un sindacato sull'esercizio del potere, esse devono invece renderci accorti di quanto faticosa sia stata la conquista, da parte del giudice amministrativo ottocentesco, di quegli spazi di tutela di cui oggi godiamo nei confronti della pubblica autorità (20).

Quel che resta da capire, piuttosto, è come mai, nell'ambito degli Stati preunitari italiani, questa conquista sia stata complessivamente assai più lenta e contrastata che non in Francia: tanto da determinare, dopo il 1860, quella pesante crisi di credibilità dei tribunali del Con-

---

(17) *Motivi ai singoli articoli del Progetto*, in Archivio di Stato di Milano, *Giustizia civile, p.m.*, cart. 15, fasc. 18, p. 15.

(18) Cioè di Jean Guillaume Locré, autore di un breve saggio dal titolo *Du Conseil D'Etat*, pubblicato nel 1807 come primo volume di una più ampia opera enciclopedica (*Législation et jurisprudence française, ou Répertoire général des lois, réglemens et décrets impériaux*) che non ebbe però alcun seguito.

(19) *Motivi*, cit., *ibidem*.

(20) Per una panoramica generale sullo stato della storiografia attuale in materia cfr. L. Mannori, *I contenziosi amministrativi degli Stati preunitari italiani e il modello francese. Riflessioni e spunti per un possibile studio comparato*, in *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, II (1990), p. 139 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

tenzioso che finirà per travolgerli di lì a pochi anni, proprio mentre il giudice amministrativo francese stava vivendo la sua stagione d'oro. Anche a questo livello più generale il libro di Aimo costituisce un sicuro punto di riferimento metodologico, indicando chiaramente che ad interrogativi del genere non si può rispondere senza affrontare un sistematico studio della giurisprudenza.

© 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 1989/90

Nella primavera 1990 è stato gradito ospite del Centro per un soggiorno di studio il prof. Julius KIRSHNER, della Università di Chicago; nell'estate 1990, la prof. Raquel RICO LINAGE, della Università di Sevilla, e, nell'autunno, la prof. Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, della Università di Cadiz.

Nei primi mesi del 1990 sono stati pubblicati, quali volumi 32 e 33 della 'Biblioteca' del Centro: "*Piero Calamandrei - Ventidue saggi per un grande Maestro*", a cura di Paolo Barile, e "*Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*", a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Nel dicembre 1990 sono stati pubblicati gli 'Atti' dell'Incontro internazionale organizzato dal Centro nei giorni 24/28 maggio 1988 con gli storici del diritto spagnoli e portoghesi; 'Atti' che costituiscono i volumi 34/35 della 'Biblioteca': "*Hispania - Entre derechos propios y derechos nacionales*".

Sono inoltre in corso di pubblicazione i seguenti volumi della 'Biblioteca': Osvaldo CAVALLAR, *Francesco Guicciardini giurista*, (36); Bernardo SORDI, *L'amministrazione illuminata*, (37); Franco CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi,* (38); Bartolomé CLAVERO, *Antidora - Antropologia catolica de la economia moderna* (39).

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Indice

pag.

PAOLO GROSSI, *Pagina introduttiva* 1

LA DIMENSIONE GIURIDICA

SABINO CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo* 5

ATTUALITÀ DI LODOVICO MORTARA

FRANCO CIPRIANI, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara* 85

GIORGIO MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara* 107

ALBERTO MORTARA, *Pareri manoscritti di Lodovico Mortara (1924/1928)* 115

Bibliografia di Lodovico Mortara, a cura di FRANCO CIPRIANI e NUNZIA CARRATA . 121

LODOVICO MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza* 145

PIERO CRAVERI, *De Gasperi e la legge elettorale del 1953* 163

FIGURE DELL'ESPERIENZA

PAOLO GROSSI, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica - La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas* 179

PAOLO GROSSI, *La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco* 209

ITALO BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali - Il contratto trino e la 'natura contractus'* 243

LUCA MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa - Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune* . . 323

PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* 505

NATALINO IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica* 557

LETTURE

P. CARONI, *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung (Das Recht in Theorie und Praxis)* (K. Luig.) 579

J. CASEY, *The History of the Family* (B. Clavero) 584

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid* (P. Cappellini) 587

E. V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft (1880-1914)* (J. M. Scholz) 592

D. NELLE, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello* (A. Guzman Brito) 601

Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren (J. Schröder). 606

M. SANDSTRÖM, *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft* (J. Schröder) 610

Segnalazioni 615

A PROPOSITO DI...

PAOLO BECCHI, *Anton Friedrich Justus Thibaut. Appunti su una biografia* 621

ITALO BIROCCHI, *Notazioni sul contratto (A proposito di un recente lavoro di G. Alpa)* 637

EMANUELE CASTRUCCI, *Una difficile ontologia sociale* (A proposito di una recente interpretazione di Bonald) 661

ENZO CHELI, MAURIZIO FIORAVANTI, RAFFAELE ROMANELLI, *Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale (A proposito di* : U. ALLEGRETTI, Profilo di storia costituzionale italiana) 669

PAOLO GROSSI, *Sui 'Classici' del diritto (Per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi)* 699

IVÁN C. IBÁN, *La scienza del diritto canonico nell'Università spagnola contemporanea* 707

LUCA MANNORI, *La nascita del contenzioso amministrativo in Italia (A proposito di:* P. AIMO, Le origini della giustizia amministrativa 717

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del 'Centro di studio per la storia del pensiero giuridico moderno' nell'anno accademico 1989/90 733

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

I collaboratori del diciannovesimo « Quaderno »

Sabino CASSESE
Prof. Ordinario di diritto amministrativo - Università di Roma I

Franco CIPRIANI
Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Bari

Piero CRAVERI
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni parlamentari - Università di Napoli

Paolo GROSSI
Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Italo BIROCCHI
Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Cagliari

Luca MANNORI
Prof. Associato di Storia del diritto italiano - Università di Trento

Natalino IRTI
Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma I

Klaus LUIG
Ord. Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte - Universität Köln

Bartolomé CLAVERO
Catedràtico de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Diritto comune - Università di Ferrara

Johannes-Michael SCHOLZ
Wissenschaftlicher Mitarbeiter - Max-Planck-Institut für europäiche Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

Alejandro GUZMAN BRiTO

Catedrático de Derecho romano - Universidad Católica de Valparaíso

Jan SCHRÖDER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht - Universität Tübingen

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Universita di Pisa

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Paolo BECCHI

Ricercatore di Filosofia del diritto - Università di Genova

Emanuele CASTRUCCI

Prof. Straordinario di Filosofia del diritto - Università di Genova

Enzo CHELI

Prof. Ordinario f.r. di Diritto costituzionale - Università di Firenze - *Giudice della Corte costituzionale*

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia delle costituzioni moderne - Università di Firenze

Raffaele ROMANELLI

Prof. Associato di Storia contemporanea - Università di Pisa

Iván C. IBÁN

Catedrático de Derecho eclesiástico - Universidad Complutense de Madrid

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 La « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(in corso di stampa)

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(in corso di stampa)

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(in corso di stampa)

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropologia catolica de la economia moderna
(in corso di stampa)

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore - Milano