

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

30

(2001)

TOMO I



giuffrè editore milano

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

(Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini')

1. Un cambio di guardia: i 'Quaderni fiorentini' hanno un nuovo Redattore. — 2. Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini': alle origini di un progetto. — 3. Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini': il progetto in azione. — 4. Diritti e carte dei diritti, oggi: qualche considerazione dello storico.

1. *Un cambio di guardia: i 'Quaderni fiorentini' hanno un nuovo Redattore.*

Finalmente! Finalmente che cosa? Si domanderà il nostro fedele lettore. Rispondo: si realizza infine, da questo trentesimo volume, un evento, che da diversi anni auspicavo e sollecitavo, e cioè il cambio di guardia nella Redazione della nostra Rivista (ma anche nella Direzione del Centro di studi, la struttura organizzativa universitaria cui fan capo i 'Quaderni'). Fino ad ora l'affettuosità degli amici, che mi sono vicini nella Facoltà fiorentina, era riuscita a rinviarlo. L'occasione del trentennio di vita del nostro foglio e il conseguente avvio di un nuovo decennio sono state però circostanze straordinarie che ho creduto bene di cogliere per proporre e, forse, imporre un ragionevole avvicendamento.

Ragionevole per due motivi sostanziali: perché il Redattore, ancora munito di adeguate facoltà autocritiche, si rende perfettamente conto di una guida un po' stanca, di una sua presenza meno dinamica che non negli anni passati; perché accanto al Redattore c'era e c'è a Firenze una piccola comunità formata da eccellenti giovani studiosi, profondamente uniti da vincoli amichevoli e da un fruttuoso colloquio scientifico, una comunità che offre assolute garanzie non solo per la continuazione dell'iniziativa ma altresì per la sua fortificazione e vivacizzazione.

Da oggi, la funzione di Redattore dei 'Quaderni' e di Direttore del Centro (che io cumulavo nella mia persona) faranno capo a due personaggi. Pietro Costa è il nuovo Redattore e, non desiderando sulle sue spalle ulteriori oneri organizzativi, a Bernardo Sordi è stata affidata la Direzione del Centro. Muniti di rara intelligenza e di una formidabile cultura, sono e saranno in grado di pilotare la nostra piccola impresa culturale ben oltre il traguardo del trentennio, conseguendo — ne sono sicuro — meritati successi e accrescendo il nostro prestigio. A loro va il mio augurio fraterno, assicurando una collaborazione tanto sincera quanto devota. Il Centro ha di fronte traguardi impegnativi: probabilmente nel corso di quest'anno 2002 si costituirà in 'Centro di eccellenza', come oggi si suol dire nel gonfio linguaggio burocratico, e la sua attività, finora ristretta alla organizzazione della ricerca scientifica, si amplierà e si integrerà in una dimensione didattica di altissimo livello e a proiezione internazionale ⁽¹⁾.

2. *Storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini': alle origini di un progetto.*

Un trentennio è già alle nostre spalle. Consentitemi di ripensare brevemente quella che, sulla scorta di un poeta a me carissimo, chiamerei la storia e cronistoria dei 'Quaderni fiorentini' ⁽²⁾.

All'origine della vicenda sta una puntuale presa di coscienza da parte mia. Mi rendevo conto di due circostanze negative che pesavano assai sulla 'storia del diritto italiano' (come fino a poco tempo fa veniva ufficialmente designata nei programmi ministeriali la storia del diritto medievale e moderno).

La prima era costituita da un grave vuoto storiografico: si era guardato, fino ad allora, in assoluta prevalenza, alla grande civiltà

⁽¹⁾ Nel momento in cui lascio la Redazione dei 'Quaderni' e la Direzione del 'Centro', è per me doveroso e gradito esprimere sentimenti di schietta riconoscenza alla sig.ra Alma Lelli, Segretaria Amministrativa del Centro, collaboratrice intelligente e devota, che da sempre ha partecipato con entusiasmo alla vita del Centro ed è stata indubbiamente una delle sue forze più sicure.

⁽²⁾ Il riferimento, come si accorge subito ogni lettore, va a Umberto Saba che, a fine '44, proprio a Firenze dove si era nascosto per sfuggire le persecuzioni nazi-fasciste, comincia a scrivere la 'Storia e cronistoria del Canzoniere', pubblicata poi, nel 1948, nei tipi di Mondadori.

medievale e, se c'era stata qualche indagine pionieristica entro i confini del 'moderno', aveva avuto come oggetto la storia delle fonti o di qualche insigne personaggio. La storia del pensiero giuridico moderno, come storia delle invenzioni tecniche, degli istrumentarii dei laboratori giuridici, si mostrava ancora sostanzialmente intatta; né potevano dirsi soddisfacenti talune analisi fatte dai romanisti, giacché l'angolo d'osservazione della cosiddetta tradizione romanistica, valorizzando e forse deformando quello che è solo un filo — sia pure rilevante — del tessuto moderno, insistendo oltre il dovuto sugli elementi di continuità, non era e non è in grado di condurre alla completa storicizzazione delle peculiarità d'un'esperienza giuridica.

La seconda era la assoluta estraneità fra chi arava i vari campi del diritto positivo e chi coltivava la storia del diritto; questi era, il più delle volte, un soggetto a stento tollerato. È chiaro che i terreni d'indagine sono (e debbono essere) diversi; è chiaro che l'eclettismo è culturalmente un nemico da battere e che la raffinatissima scienza giuridica moderna, con i suoi cospicui approfondimenti settoriali, tende a separare più che a unire all'interno dell'universo giuridico. Se tutto questo ci era chiaro, purtuttavia si poteva e si doveva gettare qualche ponte, cercare qualche terreno comune, impostare un dialogo in nome di quell'unità della scienza giuridica troppo spesso dimenticata. Non c'era, certo, in me l'assurda pretesa di trasformare il civilista in uno storico o lo storico in un civilista, ma piuttosto il perseguimento di due finalità concretamente realizzabili con reciproco profitto: ridare al cultore del diritto positivo il sentimento (se non perduto, sicuramente assai attenuato) della intima storicità del diritto; ridare allo storico la percezione che il diritto è anche un sapere tecnico e che quelle tecniche non sono gli arruffati esperimenti di un folle alchimista ma un modo significativo di capire e ordinare la realtà sociale.

Dunque, occorre una Rivista che non ripercorresse la strada, nobilissima ma generica, della augusta 'Rivista di storia del diritto italiano' fondata da Brandileone nel mitico anno 1929, o dei calasiani 'Annali di storia del diritto' interrotti col 1973. Il periodico, che avevo in mente, doveva avere un compito diverso, ben più specifico, ben tipizzato. In quanto tale, di non facile realizzazione.

Aggiungo che la scelta della storia del pensiero giuridico, per sua natura insofferente alle confinazioni nazionali che sono proprie

alla storia istituzionale, proiettava necessariamente la Rivista a un livello autenticamente transnazionale, un livello che, se arricchiva il nòvero dei possibili collaboratori, rendeva obbligata la scelta della poliglotticità. E sempre i ‘Quaderni’ hanno preteso di stampare i varii contributi almeno nelle grandi lingue universalmente conosciute nella repubblica dei sapienti. Il che comportò subito — in un momento in cui la composizione tipografica era ancora a piombi — grosse difficoltà organizzative, superate soltanto dallo spirito collaborativo del nostro carissimo editore Giuffrè.

Insomma, per farla breve, il terreno da noi scelto era irto di difficoltà sotto diversi profili. Che vita si poteva preconizzare per il nostro temerario tentativo? Ricordo perfettamente: quando, nella primavera del 1971, io diffusi in anteprima tra colleghi ed amici un foglietto contenente quella che poi sarebbe diventata la prima programmatica ‘pagina introduttiva’, uno dei destinatari — pur plaudendo all’iniziativa — non mi nascondeva il suo scetticismo sulla possibilità di una lunga vita della Rivista.

Sono lieto che i fatti lo abbiano completamente smentito. Alle spalle sta una esistenza già lunga, intessuta di molti e spesso notevoli apporti collaborativi (che si sarebbe potuto sicuramente rendere migliore, ma sicuramente intensa) e si apre un nuovo ciclo di vita — nuovo nella serena continuità — che non è arrischiato prevedere di lunga durata.

3. *Storia e cronistoria dei ‘Quaderni fiorentini’: il progetto in azione.*

I ‘Quaderni’, dunque, fin dall’inizio, non si sono proposti come una Rivista-contenitore, né intendevano essere un nuovo foglio genericamente storico-giuridico. Essi sono nati da un progetto preciso e non hanno mai abdicato alla realizzazione di un disegno marcatamente progettuale. Confermiamone il contenuto: volevano collocarsi all’interno dell’universo giuridico, volevano porsi come messaggio e segno di unità per la scienza giuridica, volevano costituire uno strumento di dialogo fra giuristi (storici, filosofi del diritto, comparatisti, cultori d’un diritto positivo) e, possibilmente, anche un comune banco di lavoro. Per questo, si lasciò ad altri — più di noi paghi di vaghezze — il termine e la nozione di ‘cultura’ e si scelse con determinazione un vocàbolo (e una nozione) che nel 1971 non

godeva di molta popolarità entro un gregge di intellettuali italiani dèditi allora a esercizi liturgici verso l'imperante analisi marxista. Parlare allora di 'pensiero giuridico' fu un atto di coraggio, e fu anche — la nostra — una scelta isolatissima. Il nostro proposito (come si è accennato) era ed è di guardare all'interno del laboratorio dei giuristi, ai loro attrezzi di lavoro, alle loro tecniche, consapevoli di due risultati rilevanti: che quello poteva essere un terreno su cui chiamare tutti i giuristi a raccolta, ma — ancor di più — che le tecniche (ben conosciute, ben approfondite nei loro interni meccanismi) erano l'unico strumento storiografico per capire e storicizzare appieno l'opera della scienza giuridica, una cifra validissima per scoprirne altresì idealità e ideologie.

Ovviamente, l'ottica del pensiero giuridico non ci impedì necessarie e salutari aperture al di là dei confini, dimostrate da una sezione espressamente ipotizzata da me e da Pietro Costa e presente in quasi tutti i futuri volumi 'Modelli e dimensioni'; non ci impedì di accogliere saggi ispirati a una greve metodologia marxista con una larga ma doverosa ospitalità che trovava il suo limite unicamente nel rigore culturale della pagina ospitata.

Proprio perché avevano una finalizzazione così specifica, proprio perché non potevano avere la ricchezza di apporti conseguenti allo spettro largo d'un intero gruppo disciplinare, i 'Quaderni' nacquero dal nulla con un atto di coraggio assai simile all'atto di temerarietà. Ricordo che un collega e amico fra i più cari mi domandò confidenzialmente da dove avrei iniziato a dipanare la matassa dell'organizzazione del futuro foglio, e ricordo che la mia risposta fu tanto semplice e pronta quanto candida ed ingenua: ordinando la carta intestata della Rivista. E poiché allora non c'erano ancora i miracoli delle odierne macchine informatiche a disposizione d'ognuno, mi recai in via Cavour, in una piccola tipografia fiorentina oggi scomparsa, la tipografia Meriggi della quale si serviva mio padre, e ordinai a mie spese fogli e buste che l'estroso tipografo propose con quei caratteri di stile proto-novecentesco e con quella coloritura grigia che sono poi rimasti fino ad oggi.

Il successo è stato grosso, superiore ad ogni aspettativa, ed è dimostrato da una circostanza che reputo non usuale: abbiamo sempre avuto una offerta di collaborazione assai superiore alla nostra domanda, né abbiamo mai sofferto di momenti di stanchezza,

né è mai venuto nella mente d'uno di noi la pur minima idea di porre termine all'impresa; anche perché ci ha sempre sorretto l'unanime plauso di giuristi, filosofi, storici a livello italiano, europeo e non soltanto europeo (tutto questo è dimostrato dal presente volume, che, se ha un difetto, è di essere troppo grosso). Ma v'è di più: da parte di un autore straniero pubblicare sui 'Quaderni' era ed è cosa particolarmente ambita, dal momento che, nella comunità scientifica internazionale, la nostra Rivista, in ragione del suo conquistato prestigio, era ed è collocata al vertice di una precisa graduatoria fra pubblicazioni di indole scientifica con precise conseguenze positive per gli autori che vi sono ospitati.

Aggiungo però subito una immediata precisazione: la ricca offerta collaborativa proveniente dalle firme più illustri della scienza giuridica non ha impedito ai 'Quaderni' di essere l'ospitale palestra per giovani e giovanissimi autori, come ben testimonia questo trentesimo volume. Un vanto della Rivista e del suo Redattore è sempre stato quello di operare una selezione rigorosa unicamente alla luce della qualità della pagina. Al di là di questa doverosa e puntigliosamente applicata discriminazione, i 'Quaderni' hanno affermato e voluto affermare una disponibilità totale al di sopra di ogni prevenzione ideologica, politica, sociale, accademica. Ed è questo atteggiamento che ha fatto della nostra Rivista un punto di incontro e di confronto, una sollecitazione alla serena dialettica delle diversità, esclusiva madre e maestra di vera scienza.

4. *Diritti e carte dei diritti, oggi: qualche considerazione dello storico.*

a) Nella passata 'pagina introduttiva' un paragrafo era destinato a puntualizzare il necessario ripensamento del problema delle fonti nella attuale età di *Globalization*: ponendosi sul fertilissimo osservatorio tra passato e futuro e immergendo nella dialettica fra le due dimensioni temporali forti il fragilissimo presente, lo storico poteva contemplare lucidamente la 'crisi delle fonti' contribuendo a irrobustire la stessa criticità di percezione del giurista di diritto positivo.

Oggi, in questa 'pagina introduttiva' è opportuno che si affronti un tema/problema fra i più incalzanti e brucianti del momento: la 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea' approvata a fine

2000 dal Parlamento europeo e dalla Commissione, sottoscritta e proclamata nella seduta di Nizza del 7 dicembre 2000 da parte dei rispettivi Presidenti, oggetto di una ridda infinita e variegatissima di opinioni. Ogni giurista, infatti, si è ritenuto investito della facoltà di salire su un piedistallo per pronunciare la propria concione, anche se spesso il piedistallo assomigliava più a un rudimentale panchetto improvvisato su una piazzola di provincia.

Che ha da dire lo storico del diritto su materia del presente tanto proiettata nel futuro? Parecchio — io penso — e non per amor di campanile. Innanzi tutto, perché sulla Carta si è esercitata — non sempre correttamente — una enfasi incontrollata, da un lato apologetica, dall'altro acutamente corrosiva, mentre quel che occorre è una visione serena e distaccata che rinunci ai facili moti sentimentali. Lo storico, che è per sua natura un demitizzatore, che è avvezzo a fare i conti non soltanto con i *testi* ma soprattutto con i *contesti* che motivano e disegnano oggettivamente i singoli dati, lo storico è in grado di fornire una contemplazione più puntuale di un fenomeno della storia contemporanea così intriso di storicità, perché in formazione, perché la Carta è soltanto il punto di una linea lunga, la quale — sola — nel suo ininterrotto flusso tra passato e futuro può interpretare realisticamente il presente.

b) Cominciamo col bandire i facili entusiasmi, che sono sempre un nemico mortifero per la nostra azione intellettuale, e col valutare la Carta senza ingigantimenti, nelle sue reali proporzioni, per quel che è e per quel che ha voluto essere: infatti, nell'ambito della fitta discussione le si sono accumulati addosso molti equivoci e anche molti fraintendimenti e falsazioni.

Si è detto: ma che documento è mai questo redatto da una 'Convenzione' composta di rappresentanti dei Parlamenti e Governi nazionali e del Parlamento europeo e non investita da alcuna diretta volontà popolare?

Si è sostenuto il suo valore normativo e, più precisamente, ci si è posto il problema del suo grado di normatività.

Si è sostenuto, al contrario, che non ha valore normativo e che, pertanto, quale primo tassello di una futura Costituzione europea, appare quasi come una stonatura.

Si è sottolineato che essa è svincolata da ogni funzione rappresentativa di una entità popolare.

c) La Carta può e deve essere difesa operandone quella riduzione che è pretesa dalla sua reale consistenza storica.

Non dimentichiamo la sua origine: fu il Consiglio europeo di Colonia che, nel giugno 1999, deliberò l'avvio del processo di redazione, convinto «che, allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione europea, i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione debbano essere raccolti in una Carta e in tal modo resi più manifesti». Una sorta di affissione alle mura della cittadella europea, perché ne siano consapevoli i molti aspiranti-membri e soprattutto quegli Stati riemersi dalle rovine della coinè sovietica e assai imperfetti nella loro nuova strutturazione democratica. Che non si sia inteso, con questa operazione, contribuire in alcun modo alla auspicata — ma, ohimè, lontana — futura Costituzione europea, lo ha sottolineato lo stesso Presidente della 'Convenzione', il tedesco Roman Herzog, nel suo discorso di apertura dei lavori.

Cadono molte tesi avventate ma cadono altresì molte critiche severe. Cade soprattutto il rilievo negativo di una Carta prodotta da esperti e non espressione diretta di una volontà politica. Dopo che i politici hanno disunito perché portatori di interessi particolari, dopo che i politici hanno così profondamente deluso le attese dell'intera comunità europea, ben vengano gli esperti a fornire un contributo culturalmente fondato. Anche ad arrestarmi unicamente alla delegazione italiana, i nomi di un magistrato preparato e sensibile come Elena Paciotti e di un giurista completo della cultura e dell'ingegno di Stefano Rodotà costituiscono una garanzia solidissima.

Il documento siglato a Nizza è una 'Carta'; io mi sentirei di aggiungere una carta di identità europea almeno a livello di diritti fondamentali. Sull'essere una 'Carta', sul suo modo di disegnare i diritti fondamentali, sulla sua capacità di esprimere una identità europea, possono emergere molte perplessità. Anche se si deve premettere una considerazione realistica: è ovvio che il documento ha alle sue spalle discussioni e contrapposizioni all'interno della 'Convenzione' e deve essere considerato nulla più che il frutto di una difficile mediazione. Consapevolezza, questa, che dovrebbe evitare ogni apprezzamento manicheo.

Da parte del Consiglio europeo di Colonia si è voluto una carta, nulla più di una carta. È chiaro che si è ritenuto improponibile (perché immatura) l'elaborazione della prima parte d'una futura Costituzione; si è scelta la strada più pervia di redigere un documento da affiggere all'esterno delle porte d'Europa. Taluno, molti, hanno parlato di un catalogo, e senza dubbio si tratta di un primo risultato; che può essere accolto favorevolmente, perché riveste l'utilità connaturata a ogni catalogo (a cominciare da quelli delle nostre biblioteche), ma a condizione che si voglia procedere innanzi per realizzazioni più complesse e più soddisfacenti.

I diritti sono una realtà vivente, non degli espedienti retorici; possono essere (ed è opportuno che siano) *dichiarati* ma hanno in sé la vocazione a diventare esercizio e cioè tutela attuata nella esperienza quotidiana di ogni *socius* della Comunità Europea. La Carta, isolata nella sua testualità e cartaceità, separata da un ordinamento regolativo di indole costituzionale, corre il rischio di imitare tante esercitazioni astratte che la storia giuridica degli ultimi due secoli ci propone eloquentissima. E quel termine 'Carta' sembra fatto apposta per evocare modelli ottantanovardi ponendosi con quelli in rapporto di indiscussa continuità (il che è confermato, come si preciserà fra poco, anche dai contenuti degli articoli). Sempre istruttive mi appaiono le invettive che Santi Romano pronunciava un secolo fa contro le prime carte costituzionali, semplici 'intestazioni', semplici «indici, per giunta non completi, di un codice infinitamente più ampio»⁽³⁾ e concepite invece quali 'catechismi' oggetto di acritici panegirici dei giuspubblicisti. Poiché scrivo queste righe mentre, da parte della 'Convenzione' presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, iniziano i lavori per una Costituzione europea (fine febbraio 2002), non è pretestuoso pensare che si è avuto troppa fretta nel separare 'Carta' e contesto costituzionale, anche se mi rendo perfettamente conto che oggi i lavori sono soltanto iniziati ed è prevedibile il cumulo di ostacoli che incontreranno.

Forse è proprio da questa scelta cartacea che il catalogo dei diritti ha una impronta sostanzialmente individualistica, marcata da

⁽³⁾ *Le prime carte costituzionali* (1907), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi- Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 164-68. È Santi Romano che usa volutamente un vocabolario così combattivo.

quel ritornello insistente: « Ogni individuo... ». È facile constatazione che esiguo è lo spazio riservato ai diritti sociali ed esigua è la dimensione collettiva del soggetto (confinata nel richiamo alle 'espulsioni collettive' dell'art. 19 e ai 'contratti collettivi' dell'art. 28), ma è proprio qui che si tocca probabilmente con mano il difficile compromesso (di cui si parlava prima) con un orientamento maggioritario di carattere fondamentalmente paleo-liberale.

Quel che è particolarmente ostico accettare e che pesa negativamente sulla 'Carta' è piuttosto la visione del diritto come cemento e corazza del soggetto, una visione isolante che lo ipertrofizza e anche lo deforma; recentemente una cultrice di teoria generale ha parlato di 'diritti insaziabili' (4), e non a torto. Il diritto fondamentale, pur essenziale per il soggetto titolare, non può non essere colto come situazione di relazione, immerso nella storicità del sociale e sottratto a quella metastoria immobile dove lo situa la visione isolazionistica. Il diritto non può non esser colto all'interno di un tessuto popolato anche di doveri, giacché è il contrappunto con i doveri che relativizza ma concretizza la situazione, appunto la storicizza, la immerge nella società. Questo momento relazionale, questa visione dialettica diritto-dovere è troppo tenue nell'articolato della 'Carta'.

Né può che esser così se tutto si riduce a un catalogo, dove la tentazione di fissare unicamente (o con assoluta prevalenza) la situazione di vantaggio è necessariamente forte. Purtroppo, i diritti non hanno che da soffrire dalle esaltazioni declamatorie, perché escono assolutizzati, 'insaziabili', e, tutto sommato, non credibili.

Al contrario, i diritti — che sembra facile segnare in una pagina bianca — sono un fenomeno intrinsecamente *costituzionale*, cioè inerente non a una proclamazione formale bensì alla costituzione profonda, a quella che la cultura politico-giuridica germanica ha da tempo identificato come *Verfassung*, una sorta di costituzione materiale radicata nel costume d'una società.

Ecco perché è arduo e rischioso fissare i diritti in un *testo* che sia separato dal necessario *contesto* costituzionale. Significa dare valore al momento enunciativo e sottovalutare il momento dell'esercizio, significa contrarre artificiosamente l'osmosi tra diritti e società,

(4) A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali — Un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 2001.

malgrado che sia la società il loro referente autentico e non lo Stato o altra cristallizzazione politica. I diritti, infatti, rappresentano l'emersione di una dimensione pre-politica e si rischia di provocare una loro totale incomprendimento continuare a parlarne — come ancor oggi si fa — mantenendo ben saldo in testa il modulo inabdicabile dello Stato sovrano protettore; visione positivista e paleo-liberale insieme che riproduce antistoricamente oggi una lontana *infanzia* dei diritti quali situazioni bisognose di una tutela forte e pertanto affidati allo Stato e pensati nello Stato (un soggetto deterrente soprattutto ai nostri giorni, quando è agevole l'accostamento alle creature politiche di Hitler o di Stalin, di Pinochet o di Komeini, che sono una ferita aperta nella civiltà giuridica moderna).

La recente storia giuridica comunitaria europea è stata, sotto questo profilo, esemplare, perché si è avuto — lentamente, sparsamente ma progressivamente — l'identificazione di diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia che lavorava sulle radici profonde delle 'tradizioni costituzionali comuni'; una identificazione di indole giudiziaria che non è certo in grado di arrivare alla definizione di un catalogo o di una carta ma che ha puntellato in modo non artificioso talune situazioni soggettive rilevanti consolidandole sul terreno del diritto vivente europeo. La scelta del Consiglio europeo di Colonia corre in una direzione assolutamente opposta; puntare su una consolidazione giudiziale nelle more di una Costituzione ancora impraticabile non avrebbe infatti consentito risultati vistosi e immediati, ma si deve pur ammettere che avrebbe rispettato la concatenazione titolarità/esercizio nello spontaneo divenire della vita quotidiana, avrebbe contribuito a una maggiore osmosi con l'area di *common law* (per esempio, con l'esperienza statunitense dove il ruolo giudiziario è decisivo anche per l'identificazione dei diritti) ed avrebbe affermato una sintonia con il fenomeno *Globalization* dove alla prassi è conferito un ruolo privilegiato. Le 'tradizioni costituzionali comuni' non sono affioramenti episodici ma piuttosto il tipico terreno di radici d'una società, un terreno permeato di valori profondi, che, a livello di fonti, assume la forma di un assestamento consuetudinario.

d) Fin qui — puntando lo sguardo sul nostro documento quale carta della identità europea per quanto attiene ai diritti

fondamentali — si son raccolte osservazioni e perplessità sul suo esser ‘carta’ e sul modo peculiare di intendere i ‘diritti’. Vorrei aggiungere qualche notazione non positiva sulla sua capacità di esprimere una reale identità europea.

Orbene, una siffatta identità è veramente e fedelmente segnata nei cinquantaquattro articoli di cui essa si compone? Ossia, una identità speculare a quella che faticosamente ma progressivamente si è andata costruendo nel secolo XX almeno dopo la prima guerra mondiale.

Non allontaniamoci da casa nostra e assumiamo a esemplificazione del dubbio ora espresso la nostra tradizione costituzionale incarnata nella Carta del 1948. Rispetto al paesaggio socio-giuridico in essa disegnato dai nostri costituenti non si può fare a meno di rilevare un cospicuo impoverimento. Grazie a un confronto ideologico autenticamente plurale, nella Costituzione nostra i protagonisti del proskenio giuridico si infoltiscono: non più solo lo Stato e non più solo l’individuo economico, ma altresì la persona e la comunità solidale in cui la persona si integra; non più soltanto la libertà individuale astratta che arriva a premiare unicamente l’abbiente, ma altresì quella libertà collettiva che fornisce al nullatenente una dignità non declamata e verbale ma effettiva. Un nodo di principii e di valori che meglio d’ogni altro espresse il giurista Dossetti, durante i lavori costituenti, in un suo memorabile ordine del giorno, insistendo su « la necessaria socialità di tutte le persone... destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale, anzitutto in varie comunità intermedie » ⁽⁵⁾.

Tutto questo paesaggio socio-giuridico così mosso e così ricco non affiora negli articoli della Carta/2000, perché il compromesso faticoso è costato un grosso sacrificio, e il paesaggio non è di molto diverso dai semplicismi della tradizione paleo-liberale. La carta d’identità europea rivela la sua infedeltà, e forse il difetto — e anche la nostra insoddisfazione — sta proprio nell’esser nata vecchia, nel proporsi a noi come l’ultimo anello d’una catena troppo lunga, come l’ultima carta dei diritti. Dobbiamo contentarci, ma, in questo momento storico, avevamo probabilmente bisogno di qualcosa di più e di diverso.

⁽⁵⁾ G. DOSSETTI, *La ricerca costituyente*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 104.

Modelli e dimensioni

CESARE VASOLI

NOTE SU JEAN BODIN
E LA «JURIS UNIVERSI DISTRIBUTIO»

1. La *Juris universi distributio* di Jean Bodin è stata oggetto, nel corso degli ultimi decenni, di una particolare attenzione da parte dei numerosi studiosi che hanno avuto occasione di occuparsi della metodologia e dei procedimenti logici tipici del maestro angevino. La recentissima e ben aggiornata bibliografia elaborata da Mme Marie-Dominique Couzinet ⁽¹⁾ segnala, soltanto a proposito delle edizioni, ben tre pubblicazioni abbastanza recenti: l'*Exposée du droit universel. Juris universi distributio*, edita a Parigi nel 1985 ⁽²⁾ ed accompagnata da una versione francese, la riproduzione in facsimile delle tre prime edizioni, apparsa a Napoli lo stesso anno ⁽³⁾ e l'edizione ancora più vicina, fornita pure di una traduzione italiana, stampata nel 1999 a Rovereto, come I° numero della "Biblioteca del pensiero giuridico", diretta da Diego Quaglioni e Giovanni Rossi ⁽⁴⁾. Né è meno interessante la serie degli scritti dedicati a quest'opera, dal vasto "Commentaire philosophique" aggiunto dal Goyard-Favre alla sua edizione ⁽⁵⁾ al saggio del Wolodkiewicz su *Bodin et le droit privé romain*, edito negli atti del Colloque interdi-

(1) Cfr. "Bibliographie des écrivains français", M.-D. COUZINET, *Jean Bodin*, Paris, Memini 2001, pp. 29-30.

(2) JEAN BODIN, *Exposée du droit universel, Juris universi distributio*, édition établie par S. GOYARD-FABRE, PUF 1985, pp. 5-81 (a fronte la traduzione di L. JERPHAGNON).

(3) JEAN BODIN, *Juris universi distributio. Les trois premières éditions*, con una nota di lettura di W. WOLODKIEWCIZ, Napoli, Jovine editore 1985. La seconda e la terza edizione hanno ciascuna la propria numerazione originaria.

(4) C. PEDRAZZA GORLERO, *La Juris universi distributio di Jean Bodin*, Rovereto, Edizioni Osiride 1999, il testo è a pp. 65-89, la versione italiana a pp. 97-130.

(5) Cfr. n. 2. Il "Commentaire philosophique" è alle pp. 83-170.

sciplinaire di Angers del 1984 ⁽⁶⁾ ed alla “Note de lecture” che lo stesso autore ha fatto seguire alla già citata riproduzione delle tre prime edizioni ⁽⁷⁾; dallo studio del Ducos ⁽⁸⁾, pubblicato, nell’87, nel “Bulletin de l’Association Guillaume Budé”, alla particolare importanza attribuita alla *Dispositio*, nel III volume di *The Origins of the Legislative Sovereignty and the Legislative State* del Fell (1987) ⁽⁹⁾ ed al noto saggio di un illustre pioniere di questi studi, Vincenzo Piano Mortari, apparso su “Clio”, nell’89 ⁽¹⁰⁾; dalla rapida nota dello Spitz, nel numero 504 di “Critique” ⁽¹¹⁾, alla breve “Prefazione” della Pedrazza Gorlero ed al suo saggio su *Jean Bodin e la scienza del diritto tra umanesimo giuridico e modernità* preposti alla già citata edizione roveretana ⁽¹²⁾. Per non dir, poi, dei riferimenti alla *Distributio* che ricorrono nella cospicua letteratura dedicata alla concezione bodiniana del diritto, o negli studi più generali sulla metodologia e la logica politica e storiografica dell’autore della *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, dei *Six livres de la République* e dell’*Universae naturae theatrum*. Basti citare, per tutti, l’ampio capitolo che la Couzinet ha dedicato a quello scritto nel suo studio d’insieme su *Histoire et Méthode à la Renaissance. Une lecture de la “Methodus” de Jean Bodin* ⁽¹³⁾, che costituisce, a mio avviso, uno dei contributi recenti più importanti alla crescente fortuna e diffusione

⁽⁶⁾ W. WOŁODKOWICZ, *Bodin et le droit privé romain*, in *Jean Bodin. Actes du Colloque interdisciplinaire d’Angers (24-27 mai 1984)*, Angers, Presses de l’Université d’Angers 1995, pp. 303-312.

⁽⁷⁾ Cfr. n. 3. La “Nota di lettura” è alle pp. IX-XXVII.

⁽⁸⁾ M. DUCOS, *Le “Tableau du droit universel” de Jean Bodin et la tradition romaine*, in “Bulletin de l’Association Guillaume Budé”, 1, mars 1987, pp. 49-61.

⁽⁹⁾ Cfr. A. FELL, *Bodin’s Humanistic Legal System and Rejection of Medieval Political Theology*, Boston, Oelgeschlager, Gunn and Hain 1987.

⁽¹⁰⁾ V. PIANO MORTARI, *L’“ordo juris” nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI*, in “Clio”, 1989, pp. 145-267 (poi ristampato in *Id.*, *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell’età moderna*, Napoli, Liguori 1991, pp. 365-398).

⁽¹¹⁾ J.-F. SPITZ, *Aux origines du droit moderne*, in “Critique”, 504, 1989, pp. 630-636.

⁽¹²⁾ Cfr. n. 4. La “Prefazione” ed il saggio sono, rispettivamente, alle pp. 11-12 e 13-57. Per ulteriori notizie su questi scritti, cfr. COUZINET, *op. cit.*, pp. 249-251.

⁽¹³⁾ M.-D. COUZINET, *Histoire et méthode à la Renaissance. Une lecture de la “Methodus ad facilem lectionem historiarum” di Jean Bodin*, Paris, Vrin 1996, part. pp. 101-120.

delle ricerche su questa straordinaria personalità della civiltà rinascimentale cinquecentesca.

Queste brevi indicazioni bibliografiche bastano da sole a confermare l'importanza attribuita oggi dagli studiosi ad una breve operetta pubblicata a stampa nel 1578, a Lione, nella tipografia di Jean de Tournes, a spese e sotto l'insegna dell'editore e libraio parigino Jacques Du Puis ⁽¹⁴⁾. Ma in realtà, era stata composta, probabilmente, almeno dodici anni prima, se è vero quanto si legge nell'epistola dedicatoria della *Methodus* al Presidente Antoine Tessier (1566) ⁽¹⁵⁾, dove Bodin dichiara di aver abbozzato la "forma" del diritto universale, sotto la specie di una *tabula*, nella quale, muovendo dalle "cause" si deducevano i suoi generi "più alti" e, quindi, le loro successive suddivisioni, sino a quelle minime. Sicché non mi sembra errata la decisa affermazione della Couzinet che l'elaborazione di quel libro, davvero fondamentale per lo sviluppo di tutta la riflessione storiografica, politica e filosofica del suo autore, ha il suo punto di partenza proprio in un progetto originario di esposizione sistematica del diritto, fondato sui principi della *methodus unica* ramista ⁽¹⁶⁾ e inteso a concepire la totalità del sapere come *reconstruction humaine de la justice divine répandue dans les choses* ⁽¹⁷⁾.

Certo, nella *Juris distributio*, l'elaborazione metodica si limita al diritto privato, costituito quasi esclusivamente dalle norme del diritto romano, e non procede oltre nel tentativo di ricostruzione del

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Juris universi distributio*. Authore Io. BODINO, *Ad Jo. Nicolaum N. F. Curia Parisiorum Senatorem*, Lutetia, Apud Iacobum Du Puis M.D. LXXVIII., alla fine del testo: Ludguni excudebat Joannes Tornaesius impensis Jacobi Puteani bibliopolae Parisiensis, anno M. D. LXXVIII.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Jean Bodin, *Methodus ad facilem historiarum cognitione*, in *Id.*, *Oeuvres philosophiques*, éd. par P. MESNARD, Paris, PUF, I, 1951, p. 107a, 30-35.

⁽¹⁶⁾ A proposito dell'influenza della metodologia ramista sulle opere di Bodin, cfr. principalmente: K. D. MAC RAE, *Ramist Tendencies in the Thought of Jean Bodin*, in "Journal of the History of Ideas", XVI, 1955, pp. 306-323; *Id.*, *A Postscript on Bodin's Connection with Ramism*, *Ibid.*, XXIV, 1963, pp. 560-571; C. VASOLI, *Jean Bodin, il problema cinquecentesco della "methodus" e la sua applicazione alla conoscenza storica*, in "Filosofia", XXI, 2, 1970, pp. 137-172 (e poi in *Id.*, *Profezia e ragione. Studi sulla cultura del '500 e del '600*, Napoli, Morano 1974, pp. 595-647); G. OLDRINI, *La disputa del metodo nel Rinascimento. Indagini su Ramo e sul ramismo*, Le Lettere 1997, ad ind.

⁽¹⁷⁾ Cfr. COUZINET, *Histoire et Méthode*, cit., p. 101.

diritto universale che sarà perseguito nella *Methodus*. È anche vero che il proposito di seguire un metodo unico di esposizione dell'“arte” giuridica sarebbe stato già esposto da Cicerone, in un'opera perduta, e, quindi, fatto proprio da giuristi umanisti francesi, Guillaume Budé, François Connan, François Duaren, François Baudouin, Hugues Doneau, come ha mostrato in modo più che convincente Piano Mortari, nel suo libro *Cinquecento giuridico francese* ⁽¹⁸⁾. Ma per comprendere il ruolo e il luogo della *Distributio* nella lunga ed assai complessa esperienza intellettuale di Bodin è forse opportuno richiamarsi qui direttamente ai testi e procedere ad un'analisi particolare di quello scritto, la cui stesura originaria potrebbe risalire al decennio tra il '56 ed il '66, soprattutto se si tiene nella dovuta considerazione la singolare “forma” della sua prima edizione e la parallela evoluzione della dottrina ramista della *methodus unica*.

Quando, nel 1566, Bodin pubblicò la *Methodus*, era, infatti, probabilmente già da quattro anni, avvocato del Parlamento di Parigi; ed aveva, dunque, scelto, dopo il breve insegnamento tolosano — culminato, nel '59, con la pubblicazione dell'*Oratio de instituenda juventute* ⁽¹⁹⁾ — la professione del giurista “militante”, avvocato, magistrato o *officier*, che avrebbe poi continuato per gran parte della sua vita, soprattutto dopo il fallimento delle sue speranze di potere esercitare una benefica influenza sugli eventi politici del suo tempo. Ma ciò non escludeva, né avrebbe mai escluso il suo costante interesse per una sistemazione logica e metodologica del diritto, come dimostra appunto la pubblicazione della *Distributio*, a

⁽¹⁸⁾ Cfr. V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Napoli, Liguori 1990, pp. 310-358. Ma v. anche dello stesso A.: *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, Jovene 1978; *Aspetti della metodologia giuridica di Jean Bodin*, in *Miscellanea in onore di Ruggiero Moscati*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane 1985, pp. 253-266 (poi ristampato in *Itinera iuris*, cit., pp. 145-172); ID., *Bodin e l'idea cinquecentesca della codificazione*, in *La “Republique” de Jean Bodin*. Atti del Convegno di Perugia, 14-15 novembre 1980, Firenze, Olschki, pp. 26-33 (= “Il pensiero politico”, XIV, 1; poi ristampato in *Itinera iuris*, cit., pp. 81-92).

⁽¹⁹⁾ Mi permetto, a questo proposito, di rinviare a quanto ho scritto a proposito di questa breve opera bodiniana in C. VASOLI, *Dall'apologia della cultura umanistica alla proposta dell'istruzione pubblica come educazione alla tolleranza*, in *La formazione storica dell'alterità*. Studi di storia della tolleranza nell'età moderna offerti a Antonio Rotondò. Promossi da H. MÉCHOULAN, R. H. POPKIN, G. RECUPERATI, L. SIMONUTTI, I, *Secolo XVI*, Firenze, Olschki 2001, pp. 135-160.

tanta distanza di tempo dalla sua prima elaborazione e dopo che la *Methodus* aveva esteso a tutta la conoscenza storica il progetto di una procedura logica e sistematica generale della *jurisprudencia*. Purtroppo, non siamo in grado di stabilire, in modo sicuro, neppure la data più probabile di quella breve opera che alcuni studiosi hanno fatto addirittura risalire al periodo tolosano, ma che forse sembra meglio collocabile nei primi tempi della sua attività parigina, in un momento più prossimo alla stesura della *Methodus*. Non è neppure facile indicare quando sia stata scritta la prefazione-dedica a Jean Nicolay, di cui, oltre tutto, sembra incerta l'identificazione, accettata dal Wolodkiewicz, con un “*conseiller au parlement, maître des requêtes, premier président de la chambres de comptes*” morto nel 1624, ben quarantasei anni dopo l'edizione del '78⁽²⁰⁾. E si tratta di un problema di non poco conto, se si riflette sull'importanza di quello scritto che non è affatto una comune commendazione dell'autore e della sua opera alla protezione di un personaggio potente, bensì una elaborata dichiarazione degli intenti perseguiti nella *Distributio* e dei fini e delle ragioni teoriche e pratiche che ne avevano suggerito l'elaborazione.

2. In ogni caso — come risulta chiaramente anche dalla “forma” di *tabula* della stampa lionese-parigina — l'operetta bodiniana è l'esempio più chiaro ed esplicito del tentativo di estendere alla *jurisprudencia* i canoni, i procedimenti e, addirittura, gli schematismi grafici della *methodus unica* ramista, così come essi si presentavano, secondo l'accurata ricostruzione di M.me Bruyère, nella loro quarta fase di elaborazione (1554-1566)⁽²¹⁾. Proprio per questo ritengo utile risalire all'opera ramista senza dubbio più interessante di

(20) Cfr. *Les trois premières éditions*, cit., p. xiii. L'editore individua il dedicatario sul fondamento della *Nouvelle biographie générale*, XXXVII, Paris, Fermin Didot frères 1863, che accenna in poche righe a questo personaggio il quale avrebbe dovuto essere ancora notevolmente giovane nel 1578. E si dovrà anche considerare che la famiglia dei Nicolay si trasmetteva quelle cariche di padre in figlio e che gli stessi nomi si ripetevano con notevole frequenza. Purtroppo nessun prontuario biografico fornisce notizie più precise e circostanziate.

(21) Cfr. N. BRUYÈRE, *Méthode et dialectique dans l'oeuvre de La Ramée. Renaissance et âge classique*, Paris, Vrin 1984, pp. 117 sgg.

questo periodo, la *Dialectique* in lingua francese del 1555 ⁽²²⁾, per confrontare la sua concezione della *methodus* e l'analisi dell'ordinamento razionale comune alle diverse *artes* con l'analogo procedimento proposto da Bodin nella sua prima edizione della *Distributio* e strutturato secondo un sistematico diagramma dicotomico.

Ramo presenta così la sua definizione:

“Méthode est disposition par laquelle entre plusieurs choses la première de notice est disposée au premier lieu, la deuziesme au deuziesme, la troiziesme au troiziesme et ainsi conséquemment. Ce nom signifie toute discipline et dispute, neantmoins communément est pris pour adresse et abrégement de chemin. Et par ceste métaphore est pratiqué en l'eschole par les Grecs et le Latins lesquelz aussi parlantz de Rhétorique l'ont nommé disposition, par le nom de genre et soubz ce nom nulle doctrine ny d'énonciation ni de syllogisme n'est enseignée en la Rhétorique mais seulement est fait mention de la Méthode” ⁽²³⁾.

Non v'è dunque alcun dubbio sul carattere universale di questo procedimento di ordinamento razionale di tutte le nozioni che, secondo il suo autore, non deve essere confuso con il concetto omonimo usato dai retori. Ma, subito dopo, l'autore della *Dialectique* ripete una distinzione, già adombrata sin dall'edizione della *Dialectica* del 1546 ⁽²⁴⁾, che, però, adesso assume un più ampio e importante sviluppo: quella tra la *méthode de nature* e la *méthode de prudence* che è bene esporre con le sue parole:

“Méthode est de nature et de prudence. Cicéron et Quintilien divisent ainsi ceste disposition. Aristote en enseigne aussi semblablement les parties.

Méthode de nature est par laquelle ce qui est du tout et absolument plus évident et plus notoire est préposé, ce qu' Aristote appelle au premier de la 'Demonstration' ores plus notoire de nature, ores précédent de nature, d'autant que ce qui est naturellement plus évident

⁽²²⁾ Cfr. Pierre De LA RAMÉE, *Dialectique* (1555), Edition critique avec introduction, notes et commentaires de M. DASSONVILLE, Genève, Droz 1964.

⁽²³⁾ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁽²⁴⁾ *Dialectici Commentarii tres authore* Audomaro TALAEO, Parisiis, A. Grandin excudebat 1546, p. 87. L'opera fu pubblicata sotto il nome del Talon per aggirare il divieto di trattare di quistioni filosofiche imposto a Ramo da un decreto di Francesco I del 10 marzo 1544.

doibt précéder en ordre et déclaration de doctrine comme sont les causes de leurs effectz et partant, aussi leurs symboles comme le général et universel du spécial et singulier" (25). Ramo aggiunge, inoltre subito che questo procedimento è anche chiamato *méthode d'art*, perché è conservato nella tradizione delle *ars et doctrines* e corrisponde, nella sua qualità di giudizio, all'enunciazione necessaria ed al sillogismo concluso debitamente. È questa la ragione per cui, in tutte le "vere" discipline, tutte le regole sono "generalì" ed "universali", anche se i loro "gradi" restano distinti, perché la precedenza spetta in ordine a quelle di loro che sono più generali rispetto alle altre. La regola "generalissima" sarà la prima *en rang et ordre*, proprio perché è *la première de clarté et de notice*, mentre quelle "subalterne" dovranno seguirla, perché le sono vicine "in chiarezza", secondo un ordine che stabilisce giustamente la precedenza delle regole più "note" rispetto alle meno "note" e lascia per ultimi gli "esempi", perché sono "specialissimi". Un simile metodo è, appunto, *singulier et unique*, procede "*par choses antécédentes du tout et absolument plus cleres et notoires pour esclarcir et illustrer les choses conséquentes obscures et incognues*", ed è stato riconosciuto ed approvato da "tutti gli antichi", in particolare da Ippocrate, Platone ed Aristotele (26).

Non mi soffermerò ulteriormente sugli argomenti recati dal Ramo per convincere dell'utilità e del fondamentale valore logico di questa *seulle... et certaine voye de collocation*, di cui è ormai ben nota la fortuna e la vasta diffusione nella cultura dell'Europa centrale e orientale e delle isole britanniche, tra il tardo cinquecento e l'età della prima rivoluzione scientifica (27). Piuttosto vorrei subito notare che il suo carattere universale e totale subisce una notevole restrizione, quando il suo propugnatore passa a parlare della "*méthode de prudence*". Lascio, di nuovo, la parola a Ramo, per evitare ogni possibile deformazione dei suoi concetti:

"S'ensuyt la méthode de prudence en laquelle les choses précédentes non pas de tout et absolument plus notoires, mais néantmoins

(25) *Dialectique*, cit. p. 145.

(26) *Ibid.*

(27) Cfr. A. ROBINET, *Aux sources de l'esprit cartésien. L'axe La Ramée-Descartes. De la "Dialectique" de 1555 aux "Regulae"*, Paris, Vrin 1996.

plus convenables à celluy qu' il faut enseigner, et plus probables à l'induire et amener où nous prétendons. Elle est nommée par les orateurs disposition de prudence, parce qu' elle gist grandement en la prudence de l'homme plus qu' en l'art et préceptes de doctrine, comme si la méthode de nature était jugement de science, la méthode de prudence estoit jugement d'opinion (28).

Il professore del “Collège royal” osserva che questo secondo metodo è stato osservato da filosofi, oratori e poeti e che è affine alla *cachée et trompeuse insinuation* o *crispe* di cui ha parlato anche Aristotele, indicandone pure i procedimenti:

“...commencer au milieu et ne poinct déclairer au commencement son entreprise, ny déduire les parties d'icelle; chercher de bien loing les moyens et antécédentz de nostre attente et ce, principalement, par similitude et parabole, et les poursuyvre incontinent si notre partie est imprudente, car telz espritz se laissent incontinent surprendre” (29).

Non basta: enumera pure le varie tecniche retoriche da usare in queste occasioni, ricorda l'uso che ne faceva Socrate nei dialoghi platonici e la reazione dei sofisti che lo chiamavano “... en un lieu torpille, en l'autre Dédale, ores enchanteur, tantost sophiste, comme si par ceste méthode il les eust engourdy, et abusé par phantaume, charme et trompé par quelque masque et apparence de raison”. Né manca di ricordare che i poeti come Virgilio ed i commediografi come Terenzio fornirono esempi assai eloquenti della “saggezza” di questo metodo particolarmente seguito dagli oratori nei loro “esordi” e “perorazioni” per catturare, oltre che la comprensione, il gradimento e l'attenzione degli uditori (30).

Certo, Aristotele, nella sua *Rhetorica*, ritenne che quelle parti dell'orazione non fossero affatto necessarie per insegnare al “buon uditore” che ama e chiede soltanto la verità; e biasimava, nell'*Organon*, l'uso di qualsiasi procedimento estraneo alla *méthode de doctrine* (31). Ma gli oratori insegnano che molte volte non si può procedere per il cammino più retto e più vero, bensì *par quelque insinuation destournée*, perché non sempre è utile e vantaggioso

(28) *Dialectique*, cit., p. 150.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, pp. 150-151.

(31) ARISTOTELES, *Rhet.*, III, 13, 1114 a, 29-1114b, 10; *Elen. Soph.*, 8, 169b, 19 sgg.

usare soltanto le “proposizioni” e “partizioni” suggerite dalla ragione, così come il chirurgo non mostra la sua lancetta al cliente spaventato prima di aver aperto la vena.

Anche Cicerone, nelle sue arringhe ed orazioni, non aveva sempre proposto delle pure “quizioni” o “partizioni”, anzi, talvolta aveva usato delle tecniche e procedimenti retorici che gli erano serviti per condurre l’uditorio dove voleva. Sicché quei “tropi” e “figure” dell’elocuzione che appartengono alla retorica servono essenzialmente per persuadere l’uditorio molesto e restio presupposto da questo metodo che deve essere seguito proprio per vincere la sua *contumace et perversité*. Tuttavia, Ramo aggiunge anche altre considerazioni che estendono la portata della *methode de prudence* ben oltre l’uso che ne fanno i filosofi, i poeti e gli oratori, quando scrive che conosciamo questa *prudence*, non tanto dai loro discorsi quanto, piuttosto ed assai più, dalla nostra esperienza de *les affaires journalles et négoes des hommes*, nei quali la persuasione svolge un ruolo preminente. Ecco perché anche il dialettico, quando troverà sbarrato l’accesso alla sua via “artificiale e vera”, dovrà aprirsi un’altra strada *par force d’esprit et prudence*, e cercare, invece del soccorso della sua dottrina, tutti gli aiuti che gli sono forniti dalle consuetudini e dagli usi. Se non potrà mantenere la sua rotta diritta, cambierà le vele e si lascerà trasportare dai venti che potrà sfruttare in modo da ricondurre nel porto la sua nave salva ed intera. Come, nei tempi passati, gli Spartiati venivano lodati da tutti i cittadini se riuscivano a rubare senza essere scoperti, così lo sarà anch’egli per aver acquisito, con questo metodo “prudente”, il consenso dell’uditorio ribelle e contrastante ⁽³²⁾.

3. Bastano queste considerazioni per comprendere come Ramo abbia qui nettamente distinto l’ambito delle arti sottoposte alla *methodus unica* dalla realtà concreta e quotidiana della pratica quotidiana degli affari e delle negoziazioni, che sono proprio l’oggetto principale del diritto privato, ma, per lui, sembrano qui discutibili solo per la via della persuasione retorica. Lo conferma, del resto, un altro testo ramista particolarmente importante, ossia gli *Institutionum dialecticarum libri tres Audomari Talaei praelectionibus*

⁽³²⁾ *Ibid.*, pp. 151-153.

illustrati, pubblicati, per la prima volta a Parigi per i tipi del David, nel 1550 ⁽³³⁾, e stampati per ben dodici volte, tra il '52 ed il '73, in località che indicano la loro diffusione europea: a Parigi nel '52, '56, '60, '67, a Lione, nel '53, a Basilea, nel '54, '66, '72, a Colonia, nel '61, '66, '67 e '73 ⁽³⁴⁾. Si tratta, dunque, di un libro, che ebbe una notevole fortuna editoriale, proprio perché, oltre al testo della *Dialectica*, aggiornato, volta a volta secondo le successive redazioni, presentava pure i commentari di Audemar Talon, il maggiore collaboratore di Ramo, che, nel tempo, subirono notevoli mutamenti e trasformazioni. E si deve, anche in questo caso, alla Bruyère non solo lo studio sistematico dei rapporti tra le varie stampe, ma pure l'indicazione di quei testi che sono dedicati alla strutturazione metodica delle singole scienze o arti ⁽³⁵⁾. Ne risulta chiaramente che quelle prese in considerazione (e di cui talvolta lo stesso Ramo o i suoi più stretti collaboratori si occuparono anche in altri testi) erano la grammatica, la retorica, la dialettica, l'aritmetica, la geometria, l'astronomia (o astrologia), la musica, la "fisica", l'etica, la storia e, persino, l'arte militare. L'unica allusione al diritto si trovava, invece, secondo l'indicazione di quella studiosa, nell'edizione del '50; e cadeva a proposito della *Dialectica legalis* di Christopher Hegendorf "*referée à Agricole*" ⁽³⁶⁾. Non solo: nelle *Praelectiones* del '69, un intero capitolo, il V, intitolato *De cripticis methodi*, era dedicato ad un altro metodo, ben distinto anche dalla *méthode de prudence*, che si presentava come una sorta di occultamento dell'ordine, anteponeva "alla verità il piacere", preferiva la "*digression au lieu de la définition lumineuse des choses, l'inversion de l'ordre de l'énonciation*"; ed era — scrive la Bruyère — un "*ordre de victoire*" e non un "*ordre du savoir*" ⁽³⁷⁾.

È probabile che questo atteggiamento di Ramo fosse dovuto alla sua estraneità allo studio ed alle problematiche del diritto che, pure nella Francia del suo tempo, erano così dibattute dai giuristi uma-

⁽³³⁾ PETRI RAMI, *Institutionum dialecticarum libri tres* AUDOMARI TALAEI *praelectionibus illustrati*, Parisiis, M. David excudebat, 1550.

⁽³⁴⁾ Per i particolari di queste edizioni, rinvio a BRUYÈRE, *op. cit.*, pp. 20-22.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, pp.192-194. Anche la poesia e l'oratoria sono inoltre presentate come esempi e costruzioni del discorso "*qui répondent à un ordre certain des pensées*".

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 193.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 194.

nisti, oppure dalla sua crescente attrazione per un puro modello assiomatico dell'organizzazione metodica del sapere esemplato sugli *elementa* euclidei. Proprio questo abbandono de *les affaires journalles et negoces des hommes* e della dottrina che li regola alla sola cura della *prudence* e delle tecniche oratorie della persuasione, proposto dal maestro della nuova metodologia, dovè indurre il giurista Bodin a rivendicare per la giurisprudenza il diritto ad essere anch'essa un'"arte" con un suo statuto logico e metodologico rispondente ai canoni ramisti. Ma ciò imponeva di elaborare subito una "disposizione" dei principi e delle suddivisioni logiche del diritto privato che seguisse, nelle sue linee generali, il procedimento dicotomico della *methodus unica*, fondato sulle "definizioni" e "divisioni". Sembra confermarlo appunto la prima edizione della *Distributio* che il Wolodkiewicz ha avuto il merito di ricostruire nella sua forma originaria, servendosi dell'unico esemplare ancora sopravvissuto e conservato nella Princeton University Library.

Questo testo è, infatti, costituito da sei pagine doppie rilegate in un volume in folio. Ma il suo recente editore ha ritenuto opportuno rimontarlo nella forma originale di una grande *affiche* di 40×180 cm., che, secondo la sua opinione, sarebbe stato preparato per essere affisso sulle pareti delle scuole giuridiche. Proprio questa destinazione spiegherebbe sia la sua quasi totale scomparsa, sia il fatto indubbio che tutti gli studiosi e gli editori della *Distributio* sono sempre ricorsi alla seconda edizione, stampata a Colonia, nel 1580, per i tipi di Johannes Gymnicus, che la Couzinet definisce, appunto, giustamente "*édition de référence*" (38).

La stampa in forma di libro, sopprime i diagrammi, ma mantiene sostanzialmente identici la definizione, l'ordinamento degli argomenti ed il procedimento con cui sono disposti, come distinzioni o specie di un unico genere che è, appunto la *jurisprudencia* così definita, in modo sostanzialmente identico, in tutte le tre prime edizioni:

"...*est ars tribuendi suum cuique, ad tuendam hominum societatem, et quia virtus est mentis, in sceleratos etiam cadit, qui prudenter*

(38) Cfr. *Iuris universi distributio, auctore Ioanne BODINO. Ad Ioannem Nicolayum N. F. Curiae Parisiorum Senatorem, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote, M. D. LXXX. E v. COUZINET, Bibliographie, cit., p. 29.*

iudicent, quo quaeque modo constituenda civitas est, quid quemque cuique dare facere oporteat. Haec ad 4 causas ac totidem quaestiones referri potest, An sit, Quid sit, Qualis sit, Cur sit. Eadem 4 partibus constat, Lege, Aequitate, Legis actione, Iudicis officio”.

Poi le quattro cause o *quaestiones* sono così ulteriormente definite:

“Forma, quae huic arti vim et essentiam tribuit, nihil est aliud quam ius ipsum, sine quo Iurisprudencia nulla sit; Materia, circa quam omnis de iure quaestio versatur, in personis est, aut in rebus, aut in factis ac dictis Personarum; Efficiens, quae controversias ac lites ad exitum perducit, non legibus, sed legum actionibus et effectis; nam lex et aequitas ad ius constituendum pertinent: legis actio, et iudicis officium ad exequendum; & ut sese habet lex ad legis actionem, sic etiam aequitas ad iudicis officium; Finis, Iustitiam suam cuique tribuens, id est τὸ ἀντιπεπονθός, quod in triplici proportione versatur, Arithmetica, Geometrica et Harmonica, quae quasi tres filiae Themidos se complexu mutuo fovent, ἐννομία, δικαιοσύνη, εἰρήνη, id est, aequa lex, iustitia, pax; vel commodius νόμος ad Arithmeticas rationes, ut lex omnibus eadem, ἐπικεία ad Geometricas, id est aequitas, ἐπιεικονομία ad Harmonicas quae utriusque conflatur, ut Iustitia ex lege et aequitate coalescit”. (39)

Sono queste le “specie” fondamentali entro le quali deve essere raccolto e ordinato razionalmente il diritto; e sono, appunto, le stesse quattro “cause” aristoteliche, sulle quali debbono essere fondate tutte le scienze e le arti, e, quindi, pure lo *ius* che, non caso, il giurista definisce *ars tribuendi suum unicuique*, attribuendogli lo statuto epistemologico che spetta ad ogni disciplina “metodica”. Nondimeno, Bodin — come sottolinea giustamente la Couzinet — sembra pure consapevole che, proprio perché è un’“arte”, ossia un prodotto dell’operare umano, il diritto privato non ha la stessa certezza delle scienze. I suoi principi ed elementi hanno, infatti, un’origine pratica, e proprio perché si conformano a un solo diritto storico, quello romano, non possono raccogliere la totalità del diritto universale che solo la conoscenza storica può giungere a costituire, nella necessaria completezza di tutte le sue forme. Eppure, l’elabo-

(39) *Ibid.*, pp. 9, 15, 37, 49-50. Cito, per comodità dei lettori, dalla seconda edizione (cfr. n. prec.), nella ristampa contenuta in *Les trois premières éditions*, cit.

razione del sistema metodico del diritto privato da lui costituito è già conclusa, nel breve spazio destinato alla quarta causa, dal supremo fine di tutta la *iurisprudencia* che consiste, appunto, nella triplice proporzione culminante nella legge dell'armonia universale, principio fondamentale di tutto il pensiero di Bodin.

Naturalmente, non è qui possibile riprodurre neppure parzialmente la ristampa del Wolodkievicz. Ma chi la confronti con i diagrammi largamente impiegati nei testi ramisti contemporanei o, anche, più semplicemente, con i loro facsimili riprodotti nel libro della Bruyère non ha davvero difficoltà a riconoscere la stretta affinità del procedimento bodiniano con le tecniche usate da Ramo e dai suoi seguaci per fornire un'efficace riproduzione visiva della *methodus unica*, applicata — come si è visto — per la *dispositio* di tutte le arti. Basterà notare che Bodin, muovendo, appunto, dalla definizione “generalissima” della *Jurisprudencia* e dalla sua suddivisione secondo le quattro “cause”, può giungere, di dicotomia in dicotomia e per mezzo di divisioni successive, a costruire l’“albero” dell'arte giuridica, del tutto simile a quello delle altre discipline che costituiscono l’“enciclopedia” mentale e “visualizzata”, elaborata da Ramo, secondo una tecnica che aveva pure una forte suggestione mnemonica.

4. Sulle ragioni che lo hanno indotto a comporre e poi a pubblicare la *Distributio*, a così notevole distanza di tempo dalla sua elaborazione, Bodin fornisce un'esauriente e importante spiegazione nella dedica al Nicolay, premessa alla prima edizione e poi ripetuta nella seconda ⁽⁴⁰⁾, sulla quale converrà adesso soffermarsi. L'autore esordisce, scrivendo che avrebbe desiderato accontentare coloro che gli chiedevano da tempo di rendere pubblica la sua “distribuzione” dell'arte giuridica (*legitima ars*), ma aveva stabilito di non accogliere alcuna richiesta di divulgarla prima di aver compiutamente ripercorso dai fondamenti (*a capite*) tutta la forza ed il potere del diritto e dell'equità, riunendo tutto ciò che è disperso e smembrato in un'infinita moltitudine di libri e di scritture giuridiche. Si era infatti ripromesso di raccogliere prima le ottime leggi dei popoli illustri che che si erano resi assai famosi per la loro scienza del governo dello

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, pp. 3-8.

Stato e di ordinarle in un unico corpo, confrontandole tra loro con arte e metodo. Ma aveva poi compreso che anche Nicolay stava percorrendo il medesimo itinerario nell'arte giuridica; sicché ritiene doveroso, per la benevolenza dimostra nei suoi riguardi da lui e dall'eccellente padre, incitarlo sempre più a quello studio che già coltivava con grande entusiasmo. Gli propone, dunque, una sorta di progetto dell'opera futura, come solevano fare gli architetti che lo guardavano ed imitavano, per intendere facilmente se l'edificio iniziato sarebbe stato resistente ed utile ⁽⁴¹⁾.

È chiaro che Bodin considera il suo ordinamento metodico del diritto privato come un semplice esempio, valido soltanto nella misura in cui riesce a presentare la via da seguire per "costituire" come una vera "arte" il diritto universale: un'impresa che, per essere portata a termine, esige, però, una conoscenza nuova e metodica della storia di tutti i popoli e di tutte le età. È, dunque, un compito assai arduo che richiederebbe una ricerca praticamente infinita. Eppure è possibile portarla a termine con notevole facilità, se la si limita entro termini certi e si segue quello "splendido" metodo di ordinamento che, per prima cosa, propone le "definizioni" e le "divisioni" di ogni quistione, poi dispone in ordine ed al loro luogo, come "regole", delle brevi ed evidenti massime (*sententiae*) e, infine, raccoglie le varie leggi dei popoli e le decisioni dei più celebri giureconsulti, confermate dall'autorità delle corti supreme ⁽⁴²⁾.

A proposito di questo metodo, che era già da anni, in Francia ed altrove, al centro di dispute particolarmente accese, Bodin (forse anche per una comprensibile misura prudenziale, nel pieno della guerra di religione) tace il nome di Ramo che, del resto, non ha certo bisogno di essere citato in un'opera rivolta ad uomini dotti. Piuttosto, conscio che per realizzare il suo progetto occorrerebbe l'impegno di numerosi collaboratori, propone due diverse soluzioni: e, cioè, che i conoscitori di quelle materie da lui richiesti provvedano ad informarlo, in qualsiasi modo, delle leggi delle loro città; oppure che, spinti dal suo stimolo, si dedichino loro stessi, con maggiore energia, ad intraprendere quella ricerca. Solo così, i maestri delle altre "arti" non potranno più rinfacciare ai giuristi, con loro grande

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, pp. 4-5. E cfr. anche *Methodus*, ed. cit., p. 107b, 5-11.

disonore, che il “nostro” diritto resta privo di ogni ordinamento degno di un’arte.

Purtroppo, coloro che dovrebbero insegnare quell’arte con un metodo razionale, si dedicano, invece, soltanto a tramandare il diritto civile, una disciplina che, al suo stato attuale, appare del tutto estranea alla dignità ed al prestigio delle vere “arti”. Queste, come le scienze, si occupano, infatti, di soggetti universali, mentre il diritto civile è proprio soltanto di una sola città o Stato. Ma Bodin dichiara che, nella *Juris universi distributio*, intende, appunto, opporsi a tutti coloro che hanno disperso qua e là le membra separate e lacerate del diritto romano ⁽⁴³⁾.

Platone — scrive — soleva dire che niente gli sembrava più divino del dividere in modo corretto; e, invero, operando una corretta divisione, si può ottenere la concatenazione perenne e continua di tutte le parti, in modo da rendere evidenti i nessi esistenti tra di loro e scorgere subito, al primo sguardo, tutte le cose che sono connesse e congiunte tra loro ed offrono l’immagine e la forma di un corpo integro. In tale modo — come affermava anche Ramo — la parti ultime corrispondono con le prime e quelle intermedie con i due estremi, lasciando facilmente intendere a tutti quale sia quella che precede e quella che segue.

Questo metodo (*ratio*) è, dunque, l’unico e comune per l’insegnamento non solo delle “arti”, ma anche delle scienze. Tutte le discipline debbono essere, infatti, definite nei tre diversi generi della conoscenza teorica, pratica e “poietica”, pertinenti rispettivamente il primo alle scienza, il secondo alla prudenza nell’agire ed il terzo all’operare pragmatico (*opificium*). Nondimeno, Bodin osserva che tutto quanto è oggetto proprio delle scienze e della contemplazione procede del tutto dalla natura o da ragioni divine, mentre la “prudenza maestra delle azioni” deve alla natura solo i principi della sua origine e tutto il resto alle istituzioni umane. A questo secondo “genere” appartiene appunto anche il diritto di cui la natura può rivendicare solo una parte, mentre l’altra spetta alle leggi umane ed

⁽⁴³⁾ *Ibid.* E cfr. anche *Methodus*, ed. cit., p. 107a, 39-40: “*Sunt enim artes ac scientiae, id quod tu minime ignoras, non singulorum sed universorum, at illi juris civilis, id est singularis cujusdam civitatis artem tradere sunt conati quam sapienter non disputo, nihil tamen, artis dignitate ac praestantia potuit alienius cogitare.*”

ai “costume”. Se il diritto derivasse del tutto dalla natura e non anche dagli uomini (o, come dicevano gli Stoici, se “il giusto non nascesse dalla legge, ma solo dalla natura”), non potrebbe mai essere un aspetto della “prudenza”, perché sarebbe una scienza vera e propria. Né sarebbe più possibile distinguere l’utile dall’inutile e il disonesto dall’onesto, ma soltanto il vero dal falso. Però i “*semina*” del diritto e della giustizia, posti dal Dio immortale negli animi di ciascun uomo, sono sempre ridestati dalla ragione; e quando questa è cresciuta dentro di loro e raggiunge la sua perfezione genera appunto quella “prudenza del diritto” (*juris prudentia*) che essi stanno cercando, e che, in tal modo, è finalmente ordinata e limitata dall’uso e dall’arte ⁽⁴⁴⁾.

Queste parole confermano che Bodin è soprattutto preoccupato di stabilire il luogo del diritto all’interno della distinzione ramista tra “scienza” ed “arte” e tra “metodo naturale” e “metodo di prudenza”, ma con l’evidente intenzione di attribuirgli uno “*status*” del tutto particolare che salvaguardi la sua duplice derivazione dai perenni principi della natura, ma anche dalle istituzioni, le consuetudini e gli usi umani. Quell’arte non può essere separata dalla realtà pragmatica, costituita proprio dagli *affaires journalles et négoce des hommes* e dalle istituzioni, leggi e consuetudini creati per regolarli, che sono appunto prodotti dalla *prudence*, come risulta evidente dallo stesso termine e concetto di *jurisprudencia*. Però il carattere così peculiare del diritto non può impedirgli di avere lo stesso metodo e ordinamento delle altre “arti” che non sono “pure” scienze, ma che Ramo e i suoi discepoli hanno provveduto a “disporre” secondo il loro canone unico.

5. Per dimostrarlo, Bodin afferma che per mantenere un vincolo sociale tra tutti gli uomini è necessario attribuire a ciascuno il suo e che questo è, appunto, il fine della disciplina giuridica. Un tale scopo è raggiungibile soltanto per mezzo delle azioni legali e dell’ufficio del giudice che costituiscono la causa efficiente del diritto. Però le azioni legali e l’ufficio del giudice riguardano l’esecuzione delle *res iudicatae*; queste dipendono dalle sentenze che, a

(44) *Ibid.*, pp. 5-7.

loro volta, derivano dai giudizi; e, infine, i giudizi stessi sono tratti dalla *litis contestatio*.

La catena di deduzioni presentata dal giurista non si arresta a questo punto. Egli nota che la *contestatio* è fatta per “imputare” (*intentio*) o per “difendere” (*depulsio*), oppure — ed è lo stesso — per “azione” ed “eccezione”. Ora, le “azioni” ed “eccezioni” hanno la loro causa nelle “obbligazioni”, nelle “estinzioni” (*liberationes*), nelle “acquisizioni” o nelle “alienazioni”, le quali traggono origine, a loro volta, dalle “convenzioni” e dai “delitti”. Quelle e questi derivano dalle “persone”, dalle “cose” e dai “fatti”, nei quali consiste la materia di questa disciplina, la cui forma è il diritto che ne costituisce l’ultimo principio. Occorre, dunque, derivarla dalle sue stesse cause, e dedurre da esse i “generi sommi”, le “forme dei generi” e discendere infine agli “infimi” (45).

Certamente non mancherà chi esiga un metodo d’insegnamento “più sottile”; ma costui dovrà riflettere sul fatto essenziale che insegnare le “arti” è cosa ben diversa dall’impartire le scienze delle cose eterne ed immutabili. E, del resto, se il suo procedimento metodico per divisione avrà trascurato qualcosa veramente pertinente al diritto, lo stesso Nicolay potrà subito facilmente emendarlo. Dopo averlo conosciuto personalmente ed aver letto i suoi scritti, ha concepito nei suoi riguardi la forte speranza che la sua natura, già ottima di per sé, potrà ancora migliorare, proprio grazie a queste virtù e dottrine che lo innalzeranno al massimo onore e gli permetteranno di superare i suoi pari in ogni genere di lode (46).

Escluse queste ultime formule di convenienza, la dedica proponeva, dunque, nel suo rapido schema, tutti i punti essenziali dell’ordinamento metodico del diritto privato, al quale certamente, Bodin intendeva dare la massima diffusione, servendosi proprio, in ogni caso, della forma diagrammatica visualizzata, la cui funzione mnemonica era stata sempre ampiamente utilizzata dai ramisti. Se, poi, la prima edizione ebbe veramente — come tutto fa pensare — il carattere di un’*affiche*, presentato quasi come una sfida nelle scuole giuridiche il suo fu anche un gesto polemico che può indurre a ricordare gli atteggiamenti assunti di Ramo nei confronti dei suoi

(45) *Ibid.*, pp. 7-8.

(46) *Ibid.*, p. 8.

avversari sorboniensi e la sua abilità nell'uso di particolari accorgimenti tipografici che favorirono la diffusione dei propri scritti. Comunque, quella forma di presentazione del suo "progetto" intendeva rendere particolarmente clamoroso il suo appello ai giuristi, chiamati a collaborare all'impresa della grande "raccolta" del "diritto universale" ed a mutare in modo radicale i metodi di ordinamento ed insegnamento del diritto,

Resta però da spiegare perché, due anni dopo, egli stesso o il suo editore di Colonia, pur mantenendo sostanzialmente immutato l'impianto metodico, ne mutassero la forma tipografica, sopprimendo, comunque, tutti i diagrammi e trasformando il testo in un libretto di cinquantadue pagine. Ma è ben comprensibile che Bodin volesse affidare questa breve opera anche ad un libro, sia pure di piccole dimensioni, non così facilmente deperibile e che avesse una più ampia circolazione. E fu davvero una decisione saggia, perché la *Distributio*, in questa nuova forma dovè godere subito di un discreto successo, come testimonia la sua notevole diffusione europea. Sicché sarebbe forse un utile argomento di studio indagare come fosse accolta questa nuova "forma" della *methodus* giuridica bodiniana in quegli ambienti intellettuali ed anche giuridici dell'Europa centro-orientale e delle isole britanniche che furono così sensibili all'influenza delle dottrine ramiste.

Nella terza edizione apparsa l'anno successivo a Praga (e, come dichiara l'editore, all'insaputa del Bodin) ⁽⁴⁷⁾ i mutamenti furono, comunque, assai più vistosi. Colui che ne curò la pubblicazione, l'umanista e giurista Jan Kočín di Kocinet (1543-1610) ⁽⁴⁸⁾, rimangiò compiutamente il testo, trasformandolo in un dialogo tra

⁽⁴⁷⁾ Cfr. IOANNIS BODINI Andegavensis *Nova distributio Iuris universi: ab ipso autore in tabula adumbrata; Nunc autem, in gratiam Iuris Legumque, Studiosorum, Dialogo explicata a IOANNE COCINO. Ad generosos, streunos, nobiles, excellentes et Clarissimos Viros &c. in Curia Provocationum Regni Boemiae Senatores & Assessores*, Praga, Excusum in Officina Georgij Nigrini, Anno M. D, LXXXI.

⁽⁴⁸⁾ Il Volodkiewicz, ha così individuato il "Ioames Cocinus" autore della terza edizione, indicandone pure l'anno di nascita e di morte (1543-1610) e firbeddi cine fibte « *Slovník naučný*, red. Fr. L. Rieger, vol. 4, Praha 1865, p. 1865 », nonché il *The National Union Catalog*. (v. 301, 1973, p. 381) e il *British Museum General Catalog of Printed Books* (v. 125, 1962, pp. 153-154). Miei tentativi di individuare meglio questa interessante personalità non hanno avuto, per il momento, un esito positivo.

Bodin e Nicolay che occupava trentuno carte ed al quale premise una lunga prefazione *Ad generosos, strenuos, nobiles, excellentes, clarissimosque viros &c. Curiae Appellationum, in Regno Boiemiae Senatores, et Assessores*.

Si trattava, insomma, di un'ulteriore trasformazione che, in qualche misura, riportava il procedimento *per divisiones* alle sue origini platoniche e ad un "genere letterario" di schietta misura umanistica. E, non a caso, lo stesso Bodin vi fece più tardi ricorso, quando, pubblicando, nel '96 l'*Universae Naturae Theatrum* ⁽⁴⁹⁾, affidò al dialogo tra *Theorus* (il discepolo ancora troppo adusato alla dottrina delle Scuole) ed il maestro *Mystagogus* la sua immagine dell'ordine universale e le tassonomie dicotomiche che comprendevano ogni essere esistente e determinavano il suo luogo nel sistema dell'armonia totale. Ma non è soltanto questo l'aspetto che rende interessante anche la terza edizione, quanto piuttosto la presenza di un'ampia prefazione che riprende e svolge, a sua volta, una nuova discussione sulla possibilità che il diritto, come tutte le altre arti, sia compreso entro "limiti certi" ed esposto *legitima Methodo* ⁽⁵⁰⁾.

6. Kočín ricorda che molti autori l'avevano negato, fondandosi su alcuni argomenti subito esposti: il diritto si occupa di "cose singolari", o — come dicono i dialettici — "individuali"; si fonda sull'opinione e non sulla natura; e, infine, concerne "cose fortuite" delle quali non si possono fornire le "definizioni essenziali" o "sostanziali". La parte prevalente dei dotti giureconsulti non li aveva, però, accettati; ed anzi aveva confutato e rovesciato quell'opinione, comprovando, con molti argomenti, che la giurisprudenza poteva essere compresa e insegnata per mezzo di un'"arte".

Il prefatore si scusa con i Senatori ed Assessori della *Curia provocationum* perché si permette di distrarli dalle loro gravi occupazioni, proponendo una quistione scolastica del tutto aliena da esse e che riguarda i principi e fondamenti originari del diritto. Ma, nonostante la mediocrità delle sue conoscenze, spera che anche

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *Universae Naturae Theatrum. In quo rerum onium effectrices causae, et fines quinque libris discutiuntur. Autore JOAN BODINO, Lugduni, Apud Jacobum Roussin, Typographum Regium, M. D. XCVI.*

⁽⁵⁰⁾ *Les trois premières éditions: Nova distributio Iuris universi* (1581), pp. 1nn.-1r-17v.

questo suo richiamo non resti infruttuoso per coloro che si dedicano allo studio dell'arte politica ed all'esercizio delle quistioni forensi e che, per ingegno e dottrina, gli sono molto superiori nel coltivare quella bellissima disciplina, "principe" di tutte le altre. Certo, non può presumere che tutto quanto verrà dicendo sia gradito e soddisfacente per tutti loro; e, tuttavia, ritiene assurdo e incredibile sostenere che la dottrina giuridica non possa essere ordinata secondo i precetti del metodo e dell'arte, mentre lo sono altre arti, da lui considerate assai inferiori, come la grammatica, l'aritmetica, l'astrologia, la musica e le altre simili. Anch'esse erano state, un tempo, disperse e confuse, ma ora, grazie alla dialettica, sono bene ordinate nei confini di una propria arte e vengono così insegnate ai discenti ⁽⁵¹⁾.

Anche Kočín — come Ramo e lo stesso Bodin — si richiama, naturalmente al *Filebo* platonico e poi al *De oratore* di Cicerone che, sia nel *De republica*, sia nel *De legibus*, si era proposto di esporre l'"arte" del diritto e, secondo Gellio, aveva addirittura steso un libro particolare su quell'argomento. Ma scrive pure che quelle "autorità" non solo approvano quanto egli ha detto, bensì prescrivono un certo procedimento razionale o "metodo" per stabilire ed ordinare le arti. Platone afferma, infatti, che, per prima cosa, si deve indagare l'idea o natura universale della cosa da studiare e, quindi stabilire pochi *fnitima eius genera vel capita*, in modo che ogni singola dottrina si fondi su principi generali e poi proceda a distinguere le singole parti certe e non infinite, seguendo sempre una via ed un ordine "buono". È vero che Platone non piace a tutti; e che, anzi, alcuni respingono senz'altro il metodo ed il procedimento socratico, ritenendo che non sia affatto utile per lo studio della dialettica. Tuttavia, il prefatore evita, per il momento, d'impegnarsi nella difesa di Platone, e preferisce senz'altro riconoscere che l'opinione da lui combattuta è stata, invece, confermata da un gran numero di maestri che, durante quattrocento anni, scrivendone nei libri o declamandolo nelle università, hanno insegnato il diritto romano agli studiosi della disciplina giuridica, senza preoccuparsi di seguire alcun metodo ⁽⁵²⁾. E,

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, pp. 1nn.-1r-v.

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, pp. 1v-2v.

subito, fa sue le critiche che i giuristi umanisti rivolgevano all'insegnamento tradizionale del diritto.

Scrivendo che Pomponio nelle sue opere aveva ampiamente parlato dell'origine del diritto e delle istituzioni romane, proprio perché i *politici viri*, costituiti come magistrati, potessero apprendere cosa si dovesse perseguire, oppure evitare per amministrare lo Stato e riuscissero, senza l'uso della forza e senza suscitare tumulti, ad emendare tutto quanto era stato viziato dall'"ingiuria del tempo". I "buoni dottori" di giurisprudenza, oggetto della sua polemica, non avevano davvero seguito quell'ammaestramento; e come essi insegnassero e insegnino ancora il diritto romano lo ha mostrato e spiegato, in modo non meno veritiero che elegante, l'"eloquentissimo" Marc-Antoine Muret, in due sue orazioni. Nella prima, l'educatore del giovane Montaigne ha ricordato come si erano svolti i suoi studi, quando da adolescente si dedicava al diritto, mentre nell'altra ha mostrato quale dovrebbe essere invece il dovere di un vero e fedele maestro di qualsiasi arte. E, infatti, durante i secoli "oscuri" già indicati, la temerità è stata scambiata per sapienza, l'audacia per scienza, la confusione per metodo e la barbarie per prudenza. Così Kočín — riprendendo una polemica che datava almeno sin dal tempo del Valla e che lo stesso Bodin aveva già rinnovato nella sua orazione tolosana ⁽⁵³⁾ — afferma che i giuristi di quei tempi hanno insegnato come verità cose false, hanno dato per cognito ciò che ignoravano ed hanno riempito i loro libri di quistioni del tutto estranee, inutili, vane e frivole, senza preoccuparsi minimamente dell'ordine in cui disponevano quanto venivano dicendo. Non solo: siccome non avevano affatto appreso a parlare il latino come dovrebbero fare degli uomini non inetti e non infanti, usavano un modo di dire e di scrivere nuovo e insolente, barbaro e del tutto mostruoso, tale, insomma, che se gli antichi giuristi romani fossero risorti avrebbero avuto bisogno di molti interpreti e indovini ogni volta che avessero voluto leggere le glosse e commenti con i quali costoro avevano tentato di spiegare ed anche illustrare i loro scritti ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. *Oratio de instituenda in republica juventute ad Senatum Populumque Tolosanum*, Tolosae, ex officina Petri Putei, sub signo fontis, M. D. LVIII, cc. 33r-34v.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, pp. 2v-3v. A proposito del Muret, segnalo, tra la letteratura più recente: R. TRINQUET, *Recherches chronologiques sur la jeunesse de Marc-Antoine Muret*, in

Sono — com'è evidente — i temi sempre ricorrenti nella lunga battaglia dei maestri del *mos gallicum*, critici radicali dei *barbari magistri*, così come Ramo lo era stato nei confronti dei “dialettici” sorboniensi suoi avversari. Ma qui viene tracciato un quadro ancora più fosco degli studi giuridici tuttora prevalenti, perché il giovane ammiratore di Bodin scrive che quei maestri quanto più erano e sono folli, tanto più liberamente apponevano e appongono alle leggi delle glosse del tutto estranee alla mente ed all'opinione del legislatore; e da queste poi sono nati dei commentari ancora più vasti e più verbosi. In tal modo — come ha scritto Jacques Cujas, nella prefazione dei suoi *Paratitla* ⁽⁵⁵⁾ — le loro glosse diventavano “gravide” e generavano come loro figli immani ed insani commentari. Eppure questi testi sono ancora apprezzati da chi ritiene che sostengano la disciplina legale e la giurisprudenza, proprio come il favoloso Atlante reggeva il cielo con le sue spalle. Ecco perché quel modo d'insegnare continua ad essere osservato in molte università. Né meraviglia che l'ambito dello studio della giurisprudenza sia ritenuto dai suoi sostenitori praticamente infinito e non suscettibile di essere racchiuso entro termini sicuri e descritto mediante dei precetti metodici idonei ⁽⁵⁶⁾.

“Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance”, XXVII, 1965, pp. 272-285; ID., *La jeunesse de Montaigne. Ses origines familiales, son enfance et ses études*, Paris, Niret 1972, ad ind.; P. RENZI, “*Taciti Annales. Mureti Schola*”: note sulla didattica della scuola nel Cinquecento, in “Annali del Dipartimento di Scienze storiche e sociali dell'Università di Lecce”, IV, 1985, pp. 27-59; ID., *I libri del mestiere. La “Bibliotheca Mureti” del Collegio Romano*, Firenze-Scandicci, La Nuova Italia – Siena, Università degli Studi 1993; E. CONTE, *Umanisti e Bartolisti a Roma tra i colleghi romani di Marc-Antoine Muret*, in *L'università e la sua storia. Origini, spazi istituzionali e pratiche didattiche dello “Studium” cittadino*. Atti del Convegno di Studi (Arezzo, 15-16 novembre 1991), a cura di P. RENZI, (Siena), Protagon Editori Toscani 1998, pp. 171-189; P. RENZI, *Montaigne, Muret, Lipsio e il giuramento dei gladiatori*, *Ibid.* pp. 191-219. Ma è sempre da vedere Ch. DEJOB, *Marc-Antoine Muret, un professeur français dans la seconde moitié du XVIe siècle*, Paris, F. Torin, 1881, rip. an., Genève, Slatkine 1970.

⁽⁵⁵⁾ Per le edizioni più prossime di queste opere, cfr. *Paratitla in libros IX Codici Justiniani repetitae praelectiones*, opus JACOBI CUJACII, Parisiis, apud Sebastianum Nivelium, M. D. LXXIX; *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum imperatoris Justiniani*, OPUS JACOBI CUJACII, Coloniae, apud Joannem Gymnicum, M. D. LXXVII.

⁽⁵⁶⁾ *Nova distributio iuris universi* (1581), cit., c. 3r-v.

7. Non seguirò Kočín nella sua prolissa e non originale condanna dei metodi d'insegnamento ancora in uso nelle università, e, in particolare, in Italia, che, oltre tutto, dilatano inutilmente il tempo necessario per lo studio della giurisprudenza. Una condanna che egli giustifica, non solo con quanto hanno già scritto Muret e Cujas, ma con i risultati negativi di una sua breve esperienza italiana, compiuta nell'università patavina; e ad essa contrappone un entusiastico elogio dell'umanesimo giuridico, individuato soprattutto nelle persone del Cujas, del Duaren, dell'Alciato e del Panciroli. Piuttosto si dovrà notare che non nasconde il suo disappunto anche nei confronti dei "molti uomini dottissimi" che, pur sostenendo la possibilità d'insegnare il diritto in forma d'arte, non riescono a realizzare questo proposito con il loro insegnamento. Scrive di aver sempre ricercato, sin dall'inizio dei suoi studi, i libri di giuristi che insegnassero il diritto in modo metodico, ma di non averne trovato neppure uno solo che lo soddisfacesse del tutto, sino a quando, cinque anni prima, aveva potuto leggere la *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* di Jean Bodin. Nell'elegante prefazione di quel libro, l'autore parlava, appunto, con grande erudizione, dello studio del diritto e menzionava la sua *distributio universis iuris, in tabulis ita proposita, quod summa genera, generumque partitio, ab ipsis causis, usque ad infima deducuntur, ea tamen ratione ut omnia membra inter se apte cohaereant*. Al Kočín era molto piaciuto questo sia pur sommario disegno metodico del Bodin; ma non aveva potuto vedere quella *tabula* e neppure sapere se fosse già stata edita. Soltanto l'anno passato, alla fiera di Francoforte, un libraio gliene aveva mostrato la stampa lionese. L'aveva letta e riletta con grande piacere; ed aveva deciso di trasformarla in un libro che potesse portare sempre con sé. Quella *tabula*, infatti, era *in longum, sex integris chartis comprehensa*, e non poteva essere facilmente esposta e presentata in ogni luogo (57).

La sua rielaborazione personale della *Distributio* era giunta già a circa la metà, quando un amico lo aveva sollecitato a presentarla in una forma facilmente comunicabile a tutti coloro che amano e coltivano il diritto. Kočín scrive di aver dapprima esitato, ma di essersi alla fine deciso a condurre a termine il suo progetto, anche

(57) *Ibid.*, cc. 3v-6r.

per le richieste e pressioni degli amici, usando invece della forma del discorso continuo quella dialogica che rende più evidente per lettore l'ordine delle "partizioni" ed aiuta mirabilmente la comprensione e la memoria. È, dunque, adesso ben lieto di presentare questa sua opera a personalità così elevate ed eccellenti che certo la difenderanno dalle critiche degli invidiosi e dei "saputelli" e che, da dottissimi giurisperiti quali sono, sapranno bene giudicarla, correggerla ed emendarla. Ma coglie anche l'occasione non solo di esaltare l'importanza del loro ufficio, bensì pure di sostenere la necessità di ordinare e rendere pubbliche l'"*universa historia fori nostri, & natura Iuris Boemici*", in modo che le "liti" abbiano, senza difficoltà, una precisa procedura e gli stranieri, specie quelli che abitano i Paesi confinanti, cessino di considerarlo del tutto barbarico, per la sua oscurità o incertezza ⁽⁵⁸⁾.

Anche Kočín condivide, dunque, il proposito di dare un rigoroso ordine alla confusa e spesso contraddittoria coesistenza di antiche consuetudini e procedure giuridiche tradizionali che, per gli umanisti, sono appunto il prodotto di un'età barbara, estranea a qualsiasi tentativo di codificazione razionale. Né manca di ricordare le reazioni di stranieri delle più diverse nazioni nei confronti dell'assurda severità e arbitraria incertezza delle pene emanate da collegi giudicanti contro i quali non è possibile appellarsi. Ma, soprattutto, se si vuole davvero che ogni Paese abbia un giusto e migliore ordinamento giuridico, ritiene indispensabile che si raggiunga la più vasta conoscenza possibile delle legislazioni e dei diritti di tutti i popoli. Così il giovane giurista si rivolge ai supremi magistrati del Regno di Boemia, dei quali sottolinea l'altissima autorità che non riconosce alcun potere superiore, per indicare non solo l'utilità concreta del metodo giuridico bodiniano per chi deve esercitare simili uffici, ma anche la necessità di realizzare la "comunicazione" e la raccolta dei vari diritti nazionali e locali, necessaria per il miglioramento generale delle leggi e degli istituti giuridici. Scrive, infatti, mostrando di aver ben compreso la finalità ultima del concetto bodiniano del "diritto universale":

"Itali, Galli, Germani & Angli, suarum Rerumpublicarum instituta nobiscum liberaliter communicarunt: et quid in ipsorum curiis

(58) *Ibid.*, cc. 6r-9r.

Iudiciorum, de gravioribus controversiis, decretum sit; id quoque non ignoramus: non video igitur cur tale scriptum nostrae genti, vel ignominiosum, vel detrimentosum foret. Quod enim publice sancitum, aut publice iudicatum est: etiam notum publice esse debet: ut quemadmodum mercium, ita quoque Legum, inter populos, fieret siue commutatio, siue communicatio: & ut una quaequae Respublica sua instituta atque decreta, si vel nimis austera, vel plane iniqua essent, alterius Respublicae aequis ac humanis corrigere posset” (59).

Già Socrate e Platone, discutendo di come si tramandano le leggi, si mantengono sani i popoli e si governano gli Stati, ritennero che uomini prudenti e periti nell'arte politica avrebbero dovuto raccogliere insieme le leggi di tutti gli Stati o almeno di quelli più illustri, in modo da trarre da essi ciò che è ottimo e conformarvisi per elaborare la migliore legislazione possibile. Per raggiungere lo stesso scopo, Licurgo e Solone compirono lunghe peregrinazioni; così come i Romani inviarono loro ambasciatori alle varie città greche per conoscerne le leggi, affinché, al loro ritorno, i Decemviri potessero “concordarle” e dare ordine alla loro città priva di un diritto certo e in preda a continue e gravi crisi. Quegli antichi indicarono alla posterità la “via” che permise a Roma di diventare “principe” e signora del mondo.

Sono queste le stesse ragioni che hanno indotto anche Bodin a ricercare nei libri dei giureconsulti e degli storici le leggi di tutti popoli famosi per la loro disciplina militare e civile, allo scopo di “costituire” saldamente l’“arte” del diritto, ed ottenere finalmente che chi si prende cura delle comunità umane non dipenda soltanto dal diritto civile romano, o, piuttosto, dalle finzioni di alcuni uomini fatui (60).

Kočin non dubita che anche la “descrizione” ordinata e razionale dell’ordinamento giuridico boemo sarebbe utile per il progetto del giurista francese, molto gradita dai dotti che si dedicano allo studio dell’arte politica, e, soprattutto, assai “onorevole” e salutare per il Regno, ricondotto alla sua forma originaria, senza l’uso della forza o di tumulti, e finalmente liberato dai suoi grandi e pericolosi “turbamenti”. Si augura perciò che le istituzioni della Boemia, rior-

(59) *Ibid.*, cc. 10r-v.

(60) *Ibid.*, cc. 10v-11v.

dinate dall'impegno di un vero studioso dell'arte politica, siano conosciute pubblicamente, in modo che quelle illustri creazioni dei loro antenati non restino sepolte e conculcate, ma tornino alla luce. Sa bene che lo si potrà accusare di voler svelare gli "arcani" ed i "segreti" dello Stato, introdurre costumanze straniere e prescrivere le leggi ai propri concittadini. Né mancherà chi si affretterà a ritenerlo colpevole di ammonire, pur essendo un semplice "privato", le somme magistrature, attribuirsi imprudentemente il compito d'insegnare come governare lo Stato e proporsi, addirittura, per un qualche incarico pubblico, servendosi dei loro nomi, anche se non ha mai esercitato neppure la minima funzione dello Stato e non può recare alcuna solenne testimonianza pubblica dei suoi progressi nello studio della dottrina politica o della giurisprudenza. Ma egli non coltiva affatto simili intenzioni, perché è consapevole dei propri limiti e della gratitudine che deve a Dio per aver donato alla sua terra molti vantaggiosi beni e perché vi genera tanti uomini illustri, benemeriti della Chiesa e dello Stato ⁽⁶¹⁾. Il suo unico desiderio è soltanto quello di apprendere e di trovare dei maestri che lo conducano sulla retta via. Ma non si vergogna e non si pente di aver voluto recare alla patria, con questo suo lavoro, un qualche profitto ed ornamento, anche se non gli è stato richiesto. Anzi è convinto che la pubblicazione dello scritto di Bodin nella forma più agevole del dialogo e la sua dedica ai massimi magistrati, per farlo conoscere assai più ampiamente e eccitare chi ne sia capace a dedicarsi ad un'impresa così degna, gli meriti non solo la gratitudine dei suoi compatrioti, ma anche dello stesso autore, da lui non consultato, prima d'intraprendere questa modesta, ma difficile impresa ⁽⁶²⁾.

8. Come si vede, Kočín, oltre a sottolineare decisamente la rilevanza politica della riforma del diritto e del suo metodo bodiniano, è pure preoccupato di difendersi dalla facile accusa di essersi appropriato di un'opera altrui — e, per di più, di un autore, la cui fama di pensatore eterodosso e miscredente già correva per l'Europa — senza averne alcun diritto o autorizzazione. Si dichiara, perciò, apertamente un discepolo ed ammiratore di Bodin che ha così

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, cc. 11v-12r.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, cc. 12r-13r.

voluto tributare al maestro l'onore, l'omaggio e la gloria che gli spetta, senza avere la minima intenzione di arrogarsi un qualsiasi merito proprio, se non quello di voler comunicare e far conoscere le sue idee. Del resto, da quando ha letto la *Methodus*, lo ha sempre esaltato; e, dopo aver conosciuto pure la *République*, la sua ammirazione si è ancor più accresciuta, perché, nonostante la sua modesta conoscenza della lingua francese, ha potuto apprendere molto sia dalle riflessioni politiche, sia dalle questioni giuridiche affrontate da quell'autore. Invero, se le guerre civili francesi (*turbae Gallicanae*) non gli vietassero l'accesso a Parigi, la lunghezza e la difficoltà del viaggio non gli impedirebbero di recarvisi per dimostrargli personalmente la sua devozione. Se potesse ascoltare Bodin, mentre insegna o discetta nel tribunale, ne ricaverebbe, infatti, un tale profitto così grande e quasi divino, perché avrebbe trovato finalmente un maestro e precettore nello studio dell'arte politica e della giurisprudenza capace di congiungere la dottrina con l'esperienza. Dopo aver insegnato il diritto romano ai Tolosani, egli è, infatti, diventato un giurista militante che disputa nel foro e discute e scrive sul diritto. Per il suo caldo ammiratore, è proprio questa la migliore condizione per rendere l'insegnamento del diritto davvero proficuo ed attuare la più stretta unione tra il rigore metodologico e l'esperienza e l'uso concreto della prassi giudiziaria. Solo così si potranno finalmente correggere i difetti derivati dall'astratta conoscenza delle dottrine, ed eliminare, insieme, anche le deficienze teoriche di giuristi indotti e improvvisati, ma spesso più abili nella "pratica" quotidiana del diritto ⁽⁶³⁾.

È questa una constatazione che vale soprattutto per la giurisprudenza, un'"arte" che non può assolutamente difettare di esperienza e di pratica; ma vale pure per tutte quelle arti e discipline il cui fine è pertinente all'azione. Purtroppo, oggi, i maestri preferiscono opprimere gli studenti, insegnando loro l'infinita varietà delle leggi del nostro tempo, e molti argomenti inutili, non necessari ed anche dannosi, prima di giungere a quelli davvero utili. Eppure il buon insegnante dovrebbe comportarsi secondo le consuetudini

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, cc. 13r-15r.

proprie di chi impartisce un convito e giustamente dà la precedenza ai cibi necessari e più salubri ⁽⁶⁴⁾.

Uno di questi veri maestri è, appunto, Bodin ⁽⁶⁵⁾, di cui cui Kočín torna a dichiararsi un modesto discepolo che, però, non parlerà più oltre di lui, perché la sua lode è affidata ai libri che ha scritto. Ma ha voluto che fosse più noto e conosciuto da tutti; e, proprio per questo, ha fatto in modo che egli stesso esponesse il suo metodo, parlando familiarmente con Jean Nicolay, il dedicatario della sua *tabula*, così come un maestro è solito fare con il suo discepolo. Certo, ha dovuto apportare qualche piccola aggiunta, diminuzione o mutamento per mantenere la struttura e la misura letteraria del dialogo, anche se ha tenuto, tuttavia, sempre ben presente il dato essenziale che la *Distributio* era, per il suo autore, un sorta di “progetto” o “forma” su cui costruire la futura opera o “edificio”. Del resto, il merito più alto di Bodin consiste, per il suo ammiratore, nell’aver saputo procedere sempre per mezzo della definizione vera e rigorosa di tutte le cose comprese nel diritto privato, la cui ricerca — lo ha provato lo stesso Aristotele nei *Topici* ⁽⁶⁶⁾ — impegna moltissimo la mente umana nella piena e compiuta conoscenza della natura del suo oggetto. Non a caso, si può considerare davvero perito nella conoscenza e insegnamento di un’arte solo chi la sappia ben definire. Perché le vie dell’errore sono infinite; e, invero, non tutti coloro che si sforzano di definire sono capaci di spiegare compiutamente la natura di ciò che definiscono e spesso restano impigliati nei suoi “attributi” e *adiuncta*, finendo con scambiare per cose conosciute quelle che sono ignote o vice-versa ⁽⁶⁷⁾.

Ecco perché si possono dare ed asserire della stessa cosa anche cento descrizioni, senza che si riesca a percepire da esse la sua effettiva natura, come accade appunto nell’insegnamento del diritto civile dove si combattono tra loro molte definizioni di una stessa cosa nessuna delle quali è davvero essenziale. Certo, le definizioni delle singole membra della sua *distributio* si possono trovare negli

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, cc. 15r.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., a questo proposito, *Methodus*, cit., pp. 108a, 53-108b, 43.

⁽⁶⁶⁾ ARISTOTELES, *Top.*, I (A), 5, 101b, 38-102a, 17.

⁽⁶⁷⁾ *Nova distributio iuris universi*, cit., cc. 15r-16r.

scritti e nei commenti di giureconsulti eruditissimi, ma non in quelli che si dicono tali, ed hanno, invece, assunto una falsa opinione della scienza, senza averne alcuna a proposito dell'equità. Costoro — come ha scritto giustamente proprio Bodin ⁽⁶⁸⁾ — credono che conservare lo Stato, stabilire i giudizi e dirimere le liti sia soltanto una quistione di “mutamenti di sillabe”.

Coloro che vogliono cercare un raffinato metodo per dividere e separare, debbono però ben riflettere anche sul fatto che il modo con cui si debbono insegnare le scienze delle cose eterne è ben diverso da quello che occorre per comunicare le “arti” concernenti le cose fortuite e mutevoli. In questo secondo caso, vari procedimenti possono essere mutati e corretti da riflessioni successive, così come accade quasi sempre nelle consultazioni degli uomini eruditi, sulle quale incide spesso il mutare dei luoghi e dei tempi.

Con questa ultima considerazione e con le clausole d'uso nel congedarsi dai suoi illustri dedicatari, Kočín chiude la prefazione, non senza aver espresso un accorato ed esplicito accenno alle gravi condizioni della sua *calamitosa patria*, il cui Stato sembra affetto da un morbo grave e mortale ⁽⁶⁹⁾. Ed è, anche questa, una conclusione ben comprensibile, se si ricorda che egli sta parlando di un Paese profondamente diviso da conflitti confessionali mai davvero risolti e resi, già in quegli anni, più acuti dalla decisa scelta controriformistica del giovane Imperatore e Re Rodolfo II, ormai installato nella sua reggia di Praga, divenuta ben presto una sorta di capitale dell'occultismo europeo. La lunga e sanguinosa vicenda delle guerre di religione e dalla crisi delle istituzioni della “corona di Francia” aveva — come si sa bene — fortemente contribuito a indurre Jean Bodin a sollecitare la comune ricerca del “diritto universale” ed a proporre l'ordinamento razionale e perfettamente organico dei suoi principi, forme e procedure. Il suo seguace e ammiratore boemo sembra ora cercare in quelle stesse proposte il possibile rimedio ad una temibile dissoluzione dell'ordine giuridico, in una terra che tornava ad essere minacciata dalla ripresa dell'intolleranza religiosa, distruttrice dell'unità e identità “civile”. In questo senso, il suo tentativo di trasformare il metodo logico di Bodin in un più facile dialogo che

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *Methodus*, ed. cit., pp. 107a, 29 sgg.

⁽⁶⁹⁾ *Nova distributio iuris universi*, cit., cc. 16r-17v.

permettesse ai lettori di acquisire un'idea compiuta e organica del diritto civile e delle sue radici "romane", può forse rappresentare un'interessante conferma delle ragioni più profonde della fortuna europea di un giurista e "politico" che, come pochi altri, ha saputo esprimere la crisi della coscienza umanistica nell'ultimo scorcio del "secolo di ferro".

Purtroppo, anche in questo caso, non si hanno notizie precise sull'effettiva diffusione di questa edizione e neppure su come fu accolta dallo stesso Bodin. Ma la *Distributio* continuò ad avere una sua particolare presenza nella cultura giuridica delle terre dell'Impero, come mostra l'altra edizione pubblicata a Spira, nel 1610⁽⁷⁰⁾, quasi alla vigilia della Guerra dei Trent'anni, l'esito estremo e più terribile della lunga stagione delle guerre di religione.

(70) *Universi iuris distributio auctore IOANNE BODINO Andegavensi & NICOLAI EVERHARDI Praesidis Mechliniensis. Nomenclatura Legum. Quibus praecipua Iuris Civilis Capita continentur, ad Adrianum filium. Item ordo studii iuris civilis ad Dn. Michaelem Gillis S. Caes. Maiest. Secretarium, Spirae, Apud Ioannem Taschnerum, Anno M. DC. X.* Anche questa edizione meriterebbe di essere studiata.

GIUSEPPE DUSO

“REPRÄSENTATIVE DEMOKRATIE: ENTSTEHUNG,
LOGIK UND APORIEN IHRER GRUNDBEGRIFFE” (*)

1. Für eine Begriffsgeschichte. — 2. Menschenrechte, Repräsentation, Konstitution. — 3. Von der ständischen zur modernen Repräsentation: eine neue Auffassung der Politik. — 4. Das Volk und die repräsentative Form. — 5. Das Märchen von der “Demokratie der Antiken” und der “Demokratie der Modernen”. — 6. Die Entstehung der modernen Souveränität und die Beziehung zwischen individuellem und kollektivem Subjekt. — 7. Das Volk “*durch*” den Repräsentanten. — 8. Das Volk “*gegen*” den Repräsentanten. — 9. Fortbestehen der mit der modernen politischen Wissenschaft entstandenen Begriffe in der repräsentativen Demokratie?

1. *Für eine Begriffsgeschichte.*

Gewöhnlich werden die Begriffe des praktischen Lebens verwendet, als bezeichneten sie unmittelbar objektive Gegebenheiten (man denke an “bürgerliche Gesellschaft”, “Macht”, “Staat”, “Volk”), oder sie fungieren als Werte, für oder gegen die man Partei ergreift und welche der Definition des kulturellen und politischen Selbstbildes dienen: Begriffe als Erkennungszeichen in der politischen Auseinandersetzung. In beiden Fällen werden derartige Begriffe hingenommen und benutzt, ohne sie kritisch zu befragen. Dies gilt auch für die “Demokratie” und eine Reihe von Konzepten, die ihr zugrunde liegen, wie “Gleichheit” und “Freiheit”. Diese Begriffe sind in der westlichen Welt durchgehend verbreitet und gelten als unstrittige, universelle Werte. So ist etwa die Auffassung recht verbreitet, das mit dem im Grunde widersprüchlichen, aber vertretbaren Begriffspaar “liberal-demokratisch”

(*) Si presenta il testo della relazione tenuta alla riunione annuale della Deutsche Gesellschaft für Politikwissenschaft, dedicata alle “Herausforderungen der repräsentativen Demokratie”, e svoltasi a Berlino il 30 novembre-1 dicembre 2001.

belegte Modell sei das einzige wirkliche oder einzig mögliche politische Modell, müsse also weltweite Verbreitung finden. Jedermann hält sich selbst für einen Demokraten, als “undemokratisch” werden stets die Gegner titulierte. Es dürfte einleuchten, dass eine solche Begriffsverwendung für das Verständnis der Realität und für wissenschaftliches Arbeiten kaum brauchbar ist.

Ziel der vorliegenden, als Beitrag zur Begriffsgeschichte ⁽¹⁾ verstandenen Überlegungen ist es, die Herausbildung von keineswegs universellen, sondern in einer bestimmten Epoche hervorgebrachten Begriffe zu beleuchten, ihre theoretischen Voraussetzungen, ihren besonderen Bezug auf die historische Realität sowie ihre Auswirkungen auf die verfassungsmäßige Organisation der menschlichen Gesellschaft. Der Begriff *Demokratie* mag in der heutigen Politikwissenschaft bezogen auf die “demokratische” (im Gegensatz zur “autoritären”) Regierungsform als klar definiert und unzweideutig erscheinen, aber bei der Frage nach dem bestimmten Inhalt des Begriffs treten möglicherweise Probleme zu Tage. Mit dem Begriff *Demokratie* ist nämlich häufig eine ganze Reihe von Forderungen verbunden: die Teilnahme der Staatsbürger am politischen Leben und an den politischen Entscheidungen, die Anerkennung der Verschiedenheit und Pluralität der in einer Gesellschaft präsenten politischen Subjekte, die Akzeptanz der Minderheiten und ihrer politischen Dignität. Aber zugleich fasst dieser Begriff, vor allem in seinem konstitutionellen Verständnis, die Lehre des modernen Staates zusammen, also den ganzen begrifflichen Zusammenhang, der von den Gesellschaftsvertragslehren zur modernen Staats- und Rechtsstaatslehre hinführt. Ich beziehe mich auf den Begriff der Volksherrschaft, d.h. auf die moderne Souveränität, und auf die Anerkennung ihrer Grundlage, die im Willen der Individuen und in ihren Rechten, allen voran Gleichheit und Freiheit, liegt. Dass sich die Erfordernisse des Pluralismus, der gegenseitigen Solidarität und der Teilnahme am politischen Leben mit den Grundbegriffen der demokratischen

⁽¹⁾ Ich verweise auf G. DUSO *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari 1999, nicht nur zur Klärung dessen, was *Begriffsgeschichte* in meinen Arbeiten meint, sondern auch im Hinblick auf zugrunde liegende Studien, die das hier Gesagte begründen oder zumindest verständlicher machen.

Staatsverfassungen decken, sollte nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden; vielmehr wollen wir ein gedankliches Experiment machen und eben diesen Zusammenhang in Frage stellen.

Dieses Experiment ist möglicherweise kühner als es die Rede von den "uneingelösten Versprechen der Demokratie" oder die Auffassung vermuten lässt, Demokratie sei eine Einheit vollkommener Begriffe, gleichwohl allzu schön, um gänzlich verwirklicht werden zu können. In diesem Fall werden die — unmittelbar als Werte verstandenen — Begriffe nämlich keineswegs in Frage gestellt. Zu fragen ist vielmehr, ob der Umstand, dass die oben genannten Erfordernisse nicht erfüllt scheinen, eben nicht zufällig ist, sondern der Logik jener Begriffe entspringt, welche der Demokratie bzw. dem "demokratischen Staat" mit seinen spezifischen Verfahren und Abläufen zu Grunde liegen. Eine solche kritische Untersuchung erscheint um so legitimer und notwendiger, wenn man bedenkt, in welchem Maße sich die traditionelle Form des Staates und grundlegende Begriffe wie Souveränität, Volk, politische Repräsentation heute in der Krise befinden. Diese Konzepte scheinen ungeeignet, aktuelle Vorgänge verständlich zu machen und dem politischen Zwang eine solide Legitimationsbasis zu verschaffen. Die formelle Verfassung selbst hilft uns nicht mehr, den komplexen Sinn und die tatsächliche Funktionsweise einer Wirklichkeit zu begreifen, die sie gleichwohl mit einer eigenen politischen Logik der Legitimation beschreibt: die Erfassung der Wirklichkeit mit Verfassungsbegriffen erscheint heute derart problematisch, dass der Ausdruck "Dekontitutionalisierung" zur Bezeichnung der gegenwärtigen Entwicklung gerechtfertigt ist.

Man denke an Rolle und Funktion der Abgeordneten, des Parlaments, der Parteien, an den Einfluss der Lobbys, die Rolle der Verbände, an die Dezentralisierung tatsächlicher politischer Entscheidungen gegenüber den verfassungsmäßig dazu bestimmten Orten. Weiter erscheint der Realitätsbezug der grundlegenden Begriffe des demokratischen Staates fragwürdig, wenn man bedenkt, wie sehr die Subjektivität und Entscheidungsmacht einerseits der Staaten, die "souverän" sein sollten, andererseits der Bürger, für die — wenn auch in völlig unangebrachter und unlogischer Weise — ebenfalls das Ideal der Souveränität gilt, durch jenes Szenario bedroht bzw. in Frage gestellt sind, das heute gewöhnlich, wenn

auch vielleicht allzu oberflächlich als “Globalisierung” bezeichnet wird.

Aber auch der Prozess der europäischen Einigung lässt sich weder mit dem Element der staatlichen Souveränität noch mit der herkömmlichen Auffassung von “demokratischer Legitimität” beschreiben. Diese würde nämlich voraussetzen, dass es ein einziges Volk gäbe und dass alle Bürger, unterschiedslos und nicht getrennt nach “Zugehörigkeiten” politische Organe wählen, welche nach dem Mehrheitsprinzip, also ohne Rücksicht auf die “korporativen” Widerstände kleinerer Einheiten, entscheiden würden. Die Union ist dagegen ein Zusammenschluss bereits konstituierter Körper und erfordert deshalb eine andere, m.E. föderalistische Logik. ⁽²⁾ Auch hier wird also der Verfassungsbegriff selbst in Frage gestellt, so wie er im Zusammenhang mit dem modernen Staat definiert wurde.

Die vorliegenden Überlegungen wollen also versuchen, die Entstehungsgeschichte grundlegender Begriffe des demokratischen Staats wie Volk, Souveränität, Repräsentation zu erfassen, und zwar in dem Bewusstsein, dass es sich nicht um zeitlose, in der gesamten Ideengeschichte vorfindbare Kategorien handelt, sondern um Begriffe, die sich im Zusammenhang moderner Vorstellungen von Wissenschaft, Mensch und Politik herausgebildet haben. Es geht nicht darum, ganze Abschnitte der Ideengeschichte oder sämtliche Nuancen des politischen Denkens zu rekonstruieren, vielmehr sollen jene grundlegenden Begriffe hinsichtlich ihrer Entstehungsgeschichte und inneren Logik untersucht werden, welche der sogenannten “demokratischen Legitimation” der politischen Herrschaft zu Grunde liegen.

2. *Menschenrechte, Repräsentation, Konstitution.*

Erst in der Epoche der Französischen Revolution können wir eine soziale Verbreitung zahlreicher Ideen beobachten, die ihren Ursprung im Bereich theoretischer Lehren hatten. Ein Beispiel ist

⁽²⁾ Zur weiteren Klärung verweise ich auf meinen demnächst erscheinenden Aufsatz *Tra Unione Europea e forma-stato: pensare il federalismo*, in *L'Europa e il futuro della politica*, di prossima pubblicazione.

die berühmte Erklärung der Menschenrechte ⁽³⁾: Sie ist ein Indiz dafür, wie weit sich die Vorstellung verbreitet hatte, die Menschen seien gleich und gleichberechtigt, und das menschliche Zusammenleben, die bürgerliche Gesellschaft seien ausgehend von diesen gleichen Rechten zu gestalten. In einem Schlüsselmoment der modernen Verfassungsgeschichte, am Ausgangspunkt der Herausbildung einer bestimmten Gesellschaft, die, als solche, stets Prozesse der Inklusion und Exklusion, also klare Grenzen mit sich bringt, begegnen wir einem Denken, das Universalität fordert, das Gültigkeit in Bezug auf die menschliche Natur, also jenseits jeder besonderen Gesellschaft beansprucht. Die theoretische Spannung zwischen der Behauptung universeller Recht, die dem Menschen an sich und somit allen Menschen zu eigen sind, und der Festlegung einer bestimmten Verfassung, die zwangsläufig Exklusion mit sich bringt, sollte die nachfolgende Verfassungsgeschichte prägen und ein ungelöstes Problem bleiben ⁽⁴⁾.

Jedenfalls wird es zu einer Konstante des geschichtlichen Prozesses, die Gesellschaft ausgehend von den Rechten der einzelnen Menschen zu konzipieren. Dabei erscheinen die der Verfassung zugrunde liegenden Menschenrechte nicht nur als etwas, das gegenüber einer eventuell bestehenden Gewalt zu schützen und verteidigen ist, sondern als Fundament einer öffentlichen Macht, einer staatlichen Herrschaft, die notwendig ist, um eben diese Rechte durchzusetzen ⁽⁵⁾. Die Idee der Menschenrechte selbst ist es, welche die Dimension der Herrschaft, der gemeinsamen Macht auf den Plan ruft, d.h. jener Souveränität im modernen Sinne, auf der die Konzeption des Staates beruht. Im Hinblick auf die Sphäre der Rechte sind insbesondere *Gleichheit* und *Freiheit* von höchster Bedeutung und übernehmen eine grundlegende Rolle. Dabei geht es nicht mehr um die verschiedenen Freiheiten, die in den politischen Kämpfen des 18. Jahrhunderts ständig gegen die absolutis-

⁽³⁾ Vgl. *Les Déclarations des droits de l'homme*, hrsg. von Lucien Jaume, Flammarion, Paris 1989.

⁽⁴⁾ Vgl. dazu H. HOFMANN, *Menschenrechtliche Autonomieansprüche — Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen*, in: *Juristen Zeitung* 47 (1992), H. 4, S. 165-173; auch in: *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Mohr/Siebeck, Tübingen 1995, S. 51.

⁽⁵⁾ Siehe Art. 12 der "Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte" von 1789.

tische Bedrohung eingeklagt wurden, also die Steuerfreiheiten, Immunitäten und Privilegien von Kommunen, Orden und Korporationen. Man darf nicht vergessen, dass bis zur Revolution weder die politische Realität noch die gängigen Vorstellungen von Politik von den homogenen, einheitlichen Begriffen der Naturrechtslehre geprägt waren, sondern von einer komplexen, vielgestaltigen Szenerie von Rechten und Gewalten (*potestates*). Erst in der Revolutionszeit verbreitet sich ein Begriff von Freiheit im Sinne von Unabhängigkeit, oder Abhängigkeit vom eigenen Willen, der eben frei ist, sich in jeder Richtung auszudrücken, nur beschränkt durch das Gebot, den anderen keinen Schaden zuzufügen. Diese Schranke ist vom Gesetz festgelegt, von einem Gesetz, das den Befehl des zu konstituierenden politischen Körpers darstellt. Aber wenn das Gesetz, mitsamt dem von ihm ausgehenden Zwang, auf der Freiheit basiert und für diese funktional ist, dann muss seine Erzeugung von der Autonomie des Willens geprägt sein. D.h. frei ist das Volk nur dann, wenn es Gesetze befolgt, die es sich selbst gegeben hat. Dies wird von nun an zu einer unumstößlichen Wahrheit und die Frage ist nur noch, wie das Volk sich selbst das Gesetz geben kann. Diese Modalität festzulegen, ist genau die Aufgabe der staatlichen Verfassung.

Dieses Freiheitsprinzip verknüpft sich mit dem Grundsatz der Gleichheit der Menschen und bildet mit ihm zusammen die Basis der neuen Organisation der Gesellschaft. In der berühmten Schrift über den Dritten Stand von Sieyès wird deutlich: Die soziale Realität, die der Einberufung der Generalstände zugrunde gelegen hat, erweist sich als aller Rationalität und Legitimität beraubt. Die sich durchsetzenden Ideen der Freiheit und Gleichheit erzeugen ein homogenes Volk, eine Nation, in der es keine Privilegien und Unterschiede mehr gibt, es sei denn die *sozialen*, aus der Arbeitsteilung abgeleiteten, die funktional für das Gemeininteresse sind. Es gibt also keine Schichten mehr, keine verschiedenen *Stände*; der *Dritte Stand* fordert die Einrichtung eines einzigen Standes, in dem alle gleich sind. In dem Moment, wo er sich mit der gesamten Nation deckt, wird der *Dritte Stand* (*état*) zum *Staat* (*État*) und büßt seine antike politische Bedeutung ein, ebenso wie Orden, Schichten und all das an Bedeutung verliert, was die Unterschiede im politischen Zusammenleben der Menschen ausgemacht hatte.

Die politische Gesellschaft Frankreichs steht damit als eine auf ungerechte Weise *konstituierte* da, und es wird unmöglich, sich auf die Rechte und Privilegien zu stützen, die das *Ancien régime* gekennzeichnet hatten. Nur die aus Gleichen bestehende produktive Gesellschaft, d.h. die gesamte *Nation*, kann die Aufgabe der Verfassungsbildung übernehmen, wobei das Volk als wahrer, mit absoluter Macht ausgestatteter Souverän erscheint: "Die Nation existiert vor allem, ist der Ursprung von allem". Nur das Volk kann sich selbst Gesetze geben, kann den Staat konstituieren. Die Macht, mit der die Nation ausgestattet ist, ist weder beschränkt noch von irgend jemandem beschränkbar. Es gibt keine Konstitution, keine politische Form, welche die Nation binden könnte: sie selbst ist der Ursprung jeglicher Form "und ihr Wille braucht sich nur zu äußern, damit jedes positive Recht ihr gegenüber zurücktritt, die sie Quelle und höchster Gebieter über jedes positive Recht ist" (6).

3. *Von der ständischen zur modernen Repräsentation: eine neue Auffassung der Politik.*

Der fundamentale historische Unterschied und der radikale Wandel in der Auffassung von Politik werden deutlich im Verständnis der Repräsentation und der Funktion des repräsentativen Organs. Die zunächst erhobene Forderung des Dritten Standes, die eigene Vertretung soweit zu stärken, dass sie den Repräsentanten der beiden anderen Stände zahlenmäßig nicht mehr unterlegen ist, erwies sich rasch als unzureichend angesichts der Tatsache, dass der Dritte Stand nahezu die gesamte Bevölkerung (fünfundzwanzig Millionen Bürger gegenüber zweihunderttausend Angehörigen des Adels und des Klerus — so Sieyes) umfasste und dass die Vertretung der ersten beiden Ständen auf Privilegien beruhte. Daraus erwuchs die Forderung einer Repräsentation nach Kopfzahl, d.h. basierend auf der Wahl durch die einzelnen Bürger. Das grundlegend Neue daran ist nicht der Umstand, dass der Dritte Stand die Vorherrschaft übernimmt, sondern dass die *Vorstellung einer auf Ständen und Korporationen gegründeten Gesellschaft radikal aufgehoben wird.*

(6) E. Y. SIEYES, *Che cos'è il terzo stato*, in OTP, pp. 255-258.

Dieser grundlegende Wandel beruht offenbar darauf, dass sich ein neues Verständnis von Gesellschaft durchgesetzt hat. Gesellschaft erscheint nicht mehr als Gliederung verschiedener Körper und Teile, sondern nimmt eine kollektive Dimension an, die vom einzelnen Individuen ausgeht. Das Individuum und sein Wille werden zur grundlegenden Kategorie der Gesellschaft. Es geht nicht mehr darum, Teile der Gesellschaft oder partikuläre Bedürfnisse gegenüber einer obersten Instanz (dem König) zu vertreten, vielmehr *soll der souveräne Willen der Nation durch die Repräsentation zum Ausdruck gelangen*. Die repräsentierende Instanz bringt also nicht die Pluralität partikulärer Willen der Stände zu Gehör, sondern den *einzig* Willen der Nation: es geht also um die *Repräsentation der politischen Einheit*. Die politische Repräsentation wird damit zum (vermeintlich einzigen) Verfahren, das nicht nur den Willen des kollektiven Subjekts ausdrückt, sondern zugleich die Quelle der Legitimation der politischen Herrschaft enthält, welche in der Willensbekundung aller Bürger liegt, zu der sie bei der Wahl der Abgeordneten aufgerufen sind. In diesem Kontext gewinnt der Wahlvorgang eine neue Bedeutung: Als Willensausdruck der Staatsbürger verkörpert er den einzigen Akt, der das Repräsentationsorgan zu legitimieren vermag: "Ohne Wahl keine Repräsentation", sagt man während der französischen Revolution (7).

Um das Besondere an dieser neuen Konzeption von Repräsentation zu verstehen, ist genauer nachzufragen, welche Bedeutung die Willensbekundung mittels Wahl hat, ohne sich dabei von der gängigen, aber konfusen Vorstellung einer *Willensübertragung* irreführen zu lassen. Offenbar handelt es sich nicht um den Ausdruck eines bestimmten Willens durch den Bürger. Es wäre völlig unmöglich, von Millionen spezifischer Willensbekundungen zum

(7) Zur Debatte über die Repräsentation anlässlich der Verfassung von 1791 vgl. A. BIRAL, *Rivoluzione e costituzione: la costituzione del 1791*, in "Filosofia politica", I (1987), n. 1, pp. 57-75. Zu den Prozessen und zur politischen Debatte der 1790er Jahre vgl. P. COLOMBO, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Giuffrè, Milano 1993. Zur Beziehung von Konstitution und Repräsentation vgl. auch meinen Beitrag *Constitution et représentation: le problème de l'unité politique, in 1789 et l'invention de la constitution*, sous la direction de M. Tropeur et L. Jaume, Bruylant, Paris 1994, SS. 263-274.

Ausdruck jenes einzigen Willens zu gelangen, der zum Gesetz wird. Die Repräsentation in einer Feudal- oder ständischen Gesellschaft kann — wenn auch nicht ganz zutreffend ⁽⁸⁾ — als Willensübertragung verstanden werden. Die Unterschiede zwischen den Ständen, Korporationen und Zünften waren spezifische Unterschiede, die mit der objektiven Realität *der Teile* der Gesellschaft verknüpft waren. Solche unterschiedlichen konkreten Willen drückten sich mittels der Repräsentationsfunktion aus, in der oftmals ein imperatives Mandat vorgesehen war, d.h. ein bestimmter, ausdrücklicher Wille, an den die Repräsentanten gebunden waren ⁽⁹⁾. In diesem Kontext ist Repräsentation möglich, weil ein *bereits gebildeter* Wille vorliegt. Seit der Verfassung von 1791, d.h. seitdem durch das Parlament der einheitliche Wille der gesamten Nation repräsentiert wird, kann es ein imperatives Mandat nicht mehr geben, denn der Wille der Nation, dem der Repräsentant verpflichtet ist, ist nicht an den partikulären Willen derjenigen gebunden, die das Vertretungsorgan wählen. Deshalb spricht man vom *freien Mandat*: dabei geht es nicht um den Ausdruck eines bestimmten Willens, der zu respektieren und auf einer höheren Instanz zu vertreten ist, sondern vielmehr um den *Auftrag an eine bestimmte Person, den einheitlichen Willen der Nation zum Ausdruck zu bringen*.

Im Gegensatz zu gängigen Vorstellungen führen die modernen Verfassungen keineswegs eine Repräsentation ein, die *von unten her* den souveränen Willen ausdrückt, sondern etwas Grundverschiedenes. Im Wahlvorgang liegt nämlich nicht etwa der Ausdruck eines bestimmten Willens durch die Wähler, sondern vielmehr die Bestimmung des- oder derjenigen, die *an ihrer Stelle* den Willen der

⁽⁸⁾ Unzutreffend ist diese Aussage insofern, als es in den für diese Gesellschaften typischen Konzeptionen keine Verabsolutierung des Willens gibt, die es erlauben würde, die Repräsentation auf eine reine Willensübertragung zu reduzieren. Für den Repräsentationsbegriff wichtig ist vor allem das Buch von H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Worten und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin 1990².

⁽⁹⁾ Vgl. dazu H. TRIEPEL, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, Kohlhammer, Stuttgart und Berlin 1942, und H. MÜLLER, *Das imperative und freie Mandat, Überlegung zur Lehre von der Repräsentation des Volkes*, Sijthoff, Leiden 1966. Vgl. auch G. MIGLIO, *Le trasformazioni del concetto di rappresentanza* (1984), jetzt in *Le regolarità della politica. Scritti scelti, raccolti e pubblicati dagli allievi*, Giuffrè, Milano 1988, vol. II, pp. 973-997.

gesamten Nation ausdrücken sollen. Beim Wählen verleihen die Bürger kein bestimmtes Mandat, sondern erkennen umgekehrt den bindenden Charakter der zukünftigen Beschlüsse der Vertreterversammlung an ⁽¹⁰⁾. Mit anderen Worten liegt in der Wahl eigentlich ein *Akt der Ermächtigung*, der den Gewählten das Recht gibt, zu repräsentieren, d.h. dem einheitlichen Willen der Nation *Form zu geben*. Insofern sie Ermächtigung und somit Grundlegung der Autorität ist, liegt in der Wahl die Begründung der Herrschaft von unten, die konkreten Inhalte der Herrschaft jedoch kommen stets von oben, sind also nicht von den partikulären Willen der einzelnen Bürger abhängig. ⁽¹¹⁾

4. *Das Volk und die repräsentative Form.*

In der Debatte um die französische Konstitution von 1791 tritt eine Position hervor, welche die zentrale Bedeutung des Repräsentationsprinzip für die Verfassung betont, den Volkswillen also mit dem vom Vertretungsorgan manifestierten Willen gleichsetzt. Die Legitimität dieses Organs wiederum gründet auf seiner Wahl, d.h. auf der Tatsache, dass die Bürger in freier Entscheidung die Repräsentanten gewählt haben, denen der Ausdruck des Volkswillens obliegt. Damit soll in der Verfassung das Prinzip der

⁽¹⁰⁾ Vgl. PASQUINO, *Sieyes, Constant e il "governo dei moderni"* cit., p. 97.

⁽¹¹⁾ Natürlich ist die Dialektik der Repräsentation weitaus komplexer, wie schon im Weiteren deutlich wird (außerdem verweise ich auf meinen Beitrag *La rappresentanza e l'arcano dell'idea: introduzione a un problema di filosofia politica*, in *La rappresentanza politica* cit., pp. 13-54): Der *unabhängige* Willen der Repräsentanten kann sich in eine Abhängigkeit von der öffentlichen Meinung, im Sinne diffuser, vorherrschender Meinungen verwandeln, also in ein Handeln, das sich auf die Vorlieben der Wähler bzw. eines Teils der Wählerschaft Rücksicht nimmt, um mittels Wahl die Funktion der Repräsentation beizubehalten. Mehr noch: Der Gemeinwille, der in der Repräsentationsfunktion hervortreten sollte, unterliegt in Wirklichkeit dem bestimmenden Einfluss von gesellschaftlichen Gruppierungen, von Gruppeninteressen, von Netzwerken und Schaltstellen der Macht, die nicht mehr dort zu finden sind, wo es entscheidungsbefugte politische Organe gibt. Eine Erörterung dieser Fragen würde voraussetzen, die Wandlungen des 19. und 20. Jahrhunderts nachzuzeichnen. Hier soll nur die *formale* Struktur herausgearbeitet werden, die sich mit den modernen Verfassungen durchsetzt, sowie ihr Verhältnis zur Entstehung des modernen politischen Denkens.

bürgerlichen Freiheit verwirklicht sein, welches darin besteht, nicht länger einer fremden, äußerlichen Instanz unterworfen zu sein, sondern dem Gesetz, das man sich selbst gegeben hat. Diese Feststellung bezieht sich sowohl auf die einzelnen Staatsbürger wie auf das Volk als Ganzes. Das Volk ist also zugleich das aktive Subjekt, welches das Gesetz schafft, wie auch die Gesamtheit derer, die dem Gesetz unterworfen sind.

In der Aussage "Das Volk ist den Gesetzen unterworfen, die es sich selbst gegeben hat", die als Verwirklichung der Freiheit, d.h. der Unabhängigkeit des Willens des kollektiven Subjekts verstanden wird, kann man eine Schwierigkeit entdecken. Offenbar sind nämlich das *Volk* als Souverän, der das Gesetz macht, und das *Volk*, das den Gesetzen gehorcht, kein einheitliches, mit sich selbst identisches Subjekt. Das *Volk*, welches das Gesetz schafft, ist jene homogene kollektive Entität, die nur im konkreten Handeln des repräsentativen Organs zu Tage tritt; letzteres legt nämlich die Inhalte des Gesetzes fest. Das *Volk* das gehorcht, ist hingegen die Gesamtheit der Bürger, die dem Gesetz unterworfen sind, die es aber ganz gewiss nicht selbst geschaffen haben. Wenn, wie gezeigt, die Identifizierung des Willens der gesetzgebenden Körperschaft mit dem idealen Willen des Volkes ihre Legitimation in der Wahl, also in der Mitwirkung aller an der Bestimmung der Repräsentanten findet, dann ist im Wahlakt selbst der Aspekt des Volkes als Summe von Einzelbürgern auffindbar. Die einzelnen Bürger erscheinen also sowohl am Ausgangspunkt der Festlegung des Volkswillens (im Sinne des einheitlichen Willens des kollektiven Subjekts) wie andererseits auch am Zielpunkt, als Untertanen, können aber an seiner Festlegung selbst nicht direkt mitwirken. Zwischen individuellem und kollektivem Subjekt, zwischen Individuum und Volk ergibt sich damit ein Verhältnis von Identität und zugleich Alterität, Widerspruch.

Es ist hervorzuheben, dass der hier skizzierte Begriff von Volk — als undifferenzierte Gesamtheit und Totalität der Bürger — als notwendiges Korrelat die Vorstellung einer Vielzahl von Individuen impliziert und zugleich — im Gegensatz zum feudalen Prinzip der Repräsentation und zu den historischen Prozessen, die zur Einberufung der Generalstände im Jahr 1789 führten — die politische Bedeutung der Gruppen und Verbände negiert. Dieses Wesen der

Repräsentation wird von Sieyes prägnant formuliert, wenn er schreibt, dass nur *das gemeinsame Interesse* und das *individuelle, persönliche Interesse* vertreten werden können ⁽¹²⁾. Einerseits kann behauptet werden, wie es der französische Abbé in seiner Beschreibung der individualistischen Vereinzelung der modernen Gesellschaft tut, dass das persönliche Interesse, dessentwegen der Einzelne sich isoliert und nur um die eigenen Belange kümmert, keine Gefahr für das Gesamtinteresse darstellt. Andererseits aber, und radikaler noch, ist anzuerkennen, dass Gesamtinteresse und Einzelinteresse zwei Seiten ein und derselben Konstruktion sind, denn das Gesamtinteresse ist in diesem Kontext nichts anderes als der Schutz der Privatsphäre, die es jedem Einzelnen erlaubt, seine Interessen und sein selbstdefiniertes Wohl zu verfolgen. Nicht repräsentierbar ist hingegen ein korporatives Interesse, das die Kräfte mehrerer Individuen vereint und damit eine Gefahr für die Gemeinschaft bildet. Die ständische und korporative Repräsentation ist mit einer ganz andersgearteten Auffassung von Gesellschaft und Politik verknüpft: Der einzelne Staatsbürger ist dann nicht als Individuum politisch tätig, sondern im Rahmen der gesellschaftlichen Gruppe, welcher er angehört. In diesem vormodernen Zusammenhang bezieht sich Repräsentation immer auf bestimmte, konkrete Anliegen, die auf eine höhere Ebene zu tragen, d.h. *gegenüber* einer Regierungsinstanz zu vertreten sind. Dieser Bezug auf die ständische Gliederung der Gesellschaft aber wird mit der Entstehung der modernen Verfassungen aufgegeben.

Die Logik des modernen Repräsentationsprinzips setzt sich durch, stößt jedoch in der Debatte über die Verfassung von 1791 auf starke Gegenkräfte; aus dem zuvor Gesagten dürfte bereits deutlich geworden sein, welche Gefahren diese Logik in sich birgt. Insofern das repräsentative Organ der direkten Beeinflussung durch den Willen der Bürger und ihrer Kontrolle entzogen ist, und zwar aufgrund des im Wahlakt ausgesprochenen Vertrauens, läuft eben dieses Organ stets Gefahr, den eigenen partikulären Willen als Gemeinwillen auszugeben, zusammen mit diesem also auch das Volk zu verraten. Nachdem das Volk einmal als verfassungsgebende Größe, als eigentlicher Souverän auf den Plan getreten ist, kann es

(12) Vgl. SIEYES, *Che cos'è il terzo stato*, OTP, 277-278.

nicht mehr beiseite gedrängt werden. In der französischen Debatte über die Konstitution erscheinen die Feuillants als Verräter der Revolution: Der Gemeinwille darf nicht ein für allemal dem Repräsentanten anvertraut werden, sondern dieser bedarf einer steti- gen Überwachung durch das Volk und hat sich an dessen Willen zu orientieren. Dabei tritt der Volkswille nur in der konkreten Bewegung der dem Klub der Jakobiner angehörenden Vereine zu Tage. Nur diese freien Äußerungen des Volkswillens können verhindern, dass sich der Wille der Bürger im Repräsentationsorgan seiner selbst entfremdet. Nur die patriotischen Gesellschaften können eine stetige Kontrolle über die Verfassungsorgane ausüben und jene öffentliche Meinung zum Ausdruck bringen, welche die Repräsentanten als Gemeinwillen zu respektieren haben, statt ihren partikulären Willen als einen solchen auszugeben ⁽¹³⁾.

Der Repräsentation als einziger Möglichkeit des Volkswillens, sich zu artikulieren, widersetzt sich die Idee, dass die politische Repräsentation ein Volk von Sklaven erzeugt und eine inakzeptable Übertragung der Volkssouveränität darstellt. Der Widerspruch zwischen der Formulierung des Volkswillens durch die verfassungsmäßige, repräsentative Versammlung einerseits und seiner unmittelbaren Manifestation durch das der Verfassung übergeordnete Volk andererseits, liegt offenkundig im Wesen des konstitutionellen Ansatzes und zieht sich durch die gesamte moderne Verfassungsgeschichte hindurch. Es ist nämlich jederzeit möglich, eine Differenz zwischen dem von den Repräsentanten gebildeten *öffentlichen* Willen und dem sogenannten *wahren* Volkswillen anzuprangern; der Grund dafür ist, dass letzterer, als ideelle Größe nicht mit einer bestimmten, empirischen Realität identifizierbar ist. Daraus erklärt sich nicht nur eine kritische Strömung in der öffentlichen Meinung gegenüber der bestehende Gewalt ⁽¹⁴⁾, sondern auch das Bestreben, die öffentliche Meinung zu beherrschen und zu beeinflussen, sowie der moderne Wettstreit der Parteien um die Beherrschung der Institution, in der sich der Gemeinwille herausbildet.

Das Fehlen des Terminus *Demokratie* in der Wahlrechtsdebatte

⁽¹³⁾ Vgl. BIRAL, *Rivoluzione e costituzione*, pp. 63, 72.

⁽¹⁴⁾ Vgl. J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Luchterhand, Neuwied 1962.

von 1789 bis 1791 sowie in den meisten politischen Lexika der 1790er Jahre ist nicht unbemerkt geblieben ⁽¹⁵⁾. Die obigen Ausführungen zu “Volk” und “Repräsentation” haben bereits auf das problematische Verhältnis zwischen dem demokratischen Aspekt der Volkssouveränität und dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Repräsentation hingewiesen. Im Jahr 1793 erscheint der Begriff der repräsentativen Demokratie zwar in der Verfassungsdebatte (vorher war er z.B. 1788 bei Condorcet aufgetaucht), aber diese bewegt sich stets im Spannungsfeld zwischen der Vorstellung eines souveränen Volkes, das seinen Willen auf direktem Wege ausdrückt, und der notwendigen konstitutionellen Vermittlung durch das repräsentative Organ, das diesem Willen konkrete Formen gibt.

5. *Das Märchen von der “Demokratie der Antiken” und der “Demokratie der Modernen”.*

Bevor wir unseren Gedankengang fortsetzen, der auf den Ursprung der hier betrachteten Begriffe zurückführt, scheint es mir opportun, zum besseren Verständnis unserer Herangehensweise darauf hinzuweisen, dass die *Unterscheidung zwischen repräsentativer und direkter Demokratie eine gänzlich moderne Unterscheidung ist* und erst dann einen Sinn ergibt, wenn der Begriff “Volk” (*demos*) als Gesamtheit der Individuen und wenn *kratos* als Herrschaft im Sinne der modernen Souveränität interpretiert wird. So gesehen ist es unmöglich, Demokratie als einheitlichen, universellen Begriff aufzufassen, der im Laufe der Geschichte lediglich in unterschiedlicher Ausprägung auftritt, wie dies in historischen Abhandlungen über die Demokratie oft geschieht. Die bekannte Unterscheidung zwischen “antiker” und “moderner” Demokratie, die eine lange Tradition hat und als Gemeinplatz gelten darf, setzt voraus, dass es einen einheitlichen Kern des Demokratiebegriffs gibt, der in je unterschiedlicher konkreter Form auftritt — hier antik, dort modern. Dieser Kern besteht in der Vorstellung der Volksherrschaft, die im Altertum angeblich direkt und in der Neuzeit indirekt, da durch die Repräsentation vermittelt, ist.

⁽¹⁵⁾ Vgl. P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, Paris 2000, p. 25.

Eine solche Form von Ideengeschichte ist in zweifacher Hinsicht problematisch. Zunächst einmal gelingt es ihr nicht, den Gegenstand der Untersuchung zu begreifen, da sie einen in jeder Beziehung modernen Begriff wie den der *Volksheerrschaft* auf eine Realität projiziert, die sich auf diese Weise nicht nur nicht erfassen lässt, sondern auf einem Verständnis von Mensch und Politik fußt, das durch die modernen Begriffe von Volk und Herrschaft (als legitime Herrschaft, Souveränität) gerade überwunden werden sollte. Noch schwerwiegender aber ist die theoretische Konsequenz eines Vorgehens, das als universelle Kategorien begreift, was vielmehr spezielle Produkte der kulturellen Prozesse sind: Damit sind diese Begriffe nicht mehr Gegenstand kritischer Reflexion, sondern werden als unmittelbar wahr, als unanfechtbare Werte, als Teil einer universellen Dimension des Menschen angesetzt. Eine positive Bewertung erfährt die antike Demokratie in diesem Interpretationszusammenhang, weil sie angeblich, auch wenn in zahlenmäßig beschränktem Rahmen, den Willen der Bürger, in vermeintlich direkter Form, wirkungsvoll zur Geltung bringt. Auf diese Weise wird der Wille als einziger Wert absolut gesetzt. Eine solche Verabsolutierung des Willens tritt aber erst in den modernen Naturrechtslehren auf, und dies nur dank der Ausblendung der Frage nach Wahrheit und Gerechtigkeit und dank der Erfindung einer von formell-juristischer Rationalität gekennzeichneten politischen Form. Erst in diesem neuzeitlichen, naturrechtlichen Zusammenhang sind — wie man sehen wird — jene Begriffe des Volkes und der Herrschaft möglich geworden, die sich in unserem modernen Gebrauch dieser Termini (“Volk” und “Herrschaft” oder “politische Macht”) niedergeschlagen haben.

Im griechischen Altertum und in einer langen, bis in die frühe Neuzeit reichenden Geschichte bezeichnet das Wort “Demokratie” im Allgemeinen eine *Regierungsart*. Auch in dieser Hinsicht können meine Hinweise hier nur allgemeiner Art sein und müssen auf ausführliche Begründungen verzichten. Ich möchte lediglich daran erinnern, dass *demos* bei den Griechen, wie bei Aristoteles deutlich wird, nicht die Gesamtheit der Individuen der *polis* meint und auch nicht die Gesamtheit der Bürger, sondern jenen, normalerweise überwiegenden Teil der Freien, die als arm angesehen werden: nicht das Ganze also, sondern ein Teil. Außerdem bezeichnet der

Begriff *kratos* oder *arché* nichts mit der modernen "Herrschaft" Vergleichbares, das erst mit der Geburt des Souveränitäts-Begriffs denkbar wird, sondern vielmehr die *Regierung* im antiken Sinne der Termini *gubernatio*, *gubernare*. Auch das Wort "*imperium*" — gebräuchlich im Zusammenhang des Mittelalters, des Feudalismus, und des Ständestaats, bis zum Auftreten der modernen Naturrechtslehren — ist in diesem Sinne zu verstehen, und gewiss nicht als moderne Herrschaft. Der antike Begriff von *gubernare* impliziert, wie ich mehrfach zu zeigen versucht habe ⁽¹⁶⁾, die Annahme einer realen Welt, in der es gilt, sich zu orientieren und *navem reipublicae gubernare*, wie Cicero sagt; außerdem impliziert ein solcher Begriff die Natürlichkeit, d.h. Rationalität, der Gesellschaft wie auch der Unterscheidung zwischen Regierenden und Regierten; weiterhin eine aus Teilen zusammengefügte Ganzheit; die Unterschiedlichkeit statt Gleichheit der Menschen; eine Wahrheit und eine Gerechtigkeit, die weder vom Willen der Regierenden noch der Regierten abhängen; das Gegebensein und nicht die Schaffung von Gesetzen (Regierung geschieht im Rahmen der Gesetze — Herrschaft besteht in der Schaffung der Gesetze); die Frage des Wohls der *respublica* (das, was uns verbindet), d.h. ein Gemeinwohl, das sich nicht auf das Wohl und Interesse der Einzelnen reduzieren lässt; schließlich die Notwendigkeit der Tugend auf Seiten der Regierenden.

Das Problem besteht freilich nicht so sehr in der Frage, *wer regiert*: Es gibt kein Modell, welches das Problem der guten Regierung durch die Legitimität der Regierenden lösen könnte. Vielmehr geht es um die Frage des *guten Regierens*, welches gewiss nicht durch zahlenmäßige Ausdehnung des befehlenden Subjekts (im Extremfall: alle) gewährleistet werden kann. So erklärt es sich, dass ein oft als Vorläufer der Demokratie angesehener Denker wie Marsilius von Padua die Demokratie als eine entartete Regierungsform wertet, weil sie eben zum Interesse eines Teils, und nicht des Ganzen, tendiert. Etwas anderes ist die von Marsilius vollzogene

⁽¹⁶⁾ Vgl. meinen Beitrag *Fine del governo e nascita del potere*, in *La logica del potere* cit., pp. 55-85, und kürzer auf Deutsch, *Die Aporien der Repräsentation zwischen Bild und Begriff*, in *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie, Geburtstagssymposium für Hasso Hofmann*, hrsg. H. Dreier, Duncker & Humblot, Berlin 2000, pp. 65-85.

Aufwertung des *plethos* und der Mitwirkung des Volkes, womit nicht die Gesamtheit der Individuen gemeint ist, sondern die *universitas civium*, eine korporationsrechtliche Organisation der Stadtbürgerschaft, dessen konstitutives Element nicht der singuläre, unabhängige Bürger ist.

6. *Die Entstehung der modernen Souveränität und die Beziehung zwischen individuellem und kollektivem Subjekt.*

Als mit Hobbes' Lehren vom Gesellschaftsvertrag die moderne politische Wissenschaft entsteht, kommt es zur radikalen Ablehnung jenes Politikverständnisses, das verschiedene Formen der Regierung unterscheidet, von denen eine die Demokratie ist. Von nun an verliert die Unterscheidung der *Regierungsformen* an Gewicht, und der Begriff der Demokratie nimmt eine ganz andere Bedeutung an: nämlich die der unpersönlichen politischen Macht, *der Herrschaft des Volkes*. Dies rührt daher, dass der Begriff der Regierung seinerseits seine ursprüngliche Bedeutung verliert (Regierung wird zur "ausführenden Gewalt"). Wir können sagen, dass der moderne Herrschaftsbegriff, im Sinne der modernen Souveränität, erst mit der Negation des *Prinzips der Regierung* entsteht.

Die Absicht, der Regierung des Menschen über den Menschen ein Ende zu setzen, kann als grundlegendes Ziel des theoretischen Entwurfs von Hobbes angesehen werden. Hobbes klagt den Hochmut an, der in der Auffassung Aristoteles' und einer tausendjährigen Tradition des politischen Denkens liegt, es sei natürlich und vernünftig, dass es unter den Menschen eine Regierung gebe (man vergleiche das neunte Naturgesetz im Kap. XV des *Leviathan*). Dass ein Mensch die anderen *regiert*, ist nämlich rational nicht vertretbar, wenn man von der doppelten Annahme ausgeht, dass erstens alle Menschen gleich sind, und zweitens, dass keine natürliche, kosmische, theologische oder juristische Ordnung erkennbar ist, die als Orientierungshilfe dienen könnte.

Die Ablehnung der Regierung geht einher mit der Geringschätzung der Erfahrung und der geschichtlichen Realität für die politische Wissenschaft. In Geschichte und Philosophie stößt man auf eine Vielzahl gegensätzlicher Arten, das Problem der Gerechtigkeit zu stellen und zu lösen, und daraus resultiert eine Situation

ständiger Konflikte, so dass Sicherheit und Frieden verloren gehen. Das Problem der Gerechtigkeit muss durch eine formale Rationalität gelöst werden, die sich an der Geometrie orientiert und mit ihrer Objektivität jegliche Kontroverse und jeden Konflikt beseitigt. Es geht nicht mehr darum, ein allgemeines Wohl und *nomos* zu erkennen, noch darum, auf dieser Basis die Gemeinschaft zu regieren, sondern jeder soll jetzt sein eigenes Wohl anstreben und, in privater Form, seinem jeweiligen Glauben anhängen, wobei zu verhindern ist, dass daraus Konflikte entstehen. Hier gibt es keinen Platz mehr für die *Regierung*, im antiken Sinne des Wortes; notwendig ist hingegen eine Herrschaft, die auf der Macht Aller gründet, die möglichen Machtunterschiede zwischen den Individuen irrelevant macht und so die Vorherrschaft der einen über die anderen und jeglichen Anspruch auf Regierung verhindert. Die Meinungs- und Glaubensdifferenzen im Hinblick auf das Gute und Richtige werden so neutralisiert, und es entsteht eine Privatsphäre, in der die Individuen ihre Ziele verfolgen und ihr Wohl anstreben können unter der Bedingung, dass sie den Raum und die Freiheit der anderen nicht verletzen. Man könnte sagen, dass die Herrschaft dahin tendiert, den Raum zu schützen, in dem sich *jeder selbst regieren soll*; aber auch hinsichtlich der Selbstregierung des Einzelmenschen kann man, nachdem der Orientierungs- und Bezugsrahmen weggefallen ist ⁽¹⁷⁾, strenggenommen nicht mehr von *Regierung* sprechen. Die Ausweitung des Begriffs der Regierung auf sämtliche Menschen zieht den Verlust jenes Bedeutungskerns nach sich, der für diesen Begriff bestimmend war, denn sie führt zum Verlust sowohl des gemeinsamen Ziels als auch der Pluralität und Verschiedenheit, die — wie gezeigt — für die Existenz einer “Regierung” unverzichtbar sind. Die vermeintliche Ausdehnung

(17) Man beachte, dass ich mit diesem Bezugsrahmen kein System von Wahrheiten meine, sondern vielmehr ein Problem, das sich allen stellt — ähnlich wie in Platons *Dialogen*. Nichts ist weiter entfernt von der Art, wie Aristoteles und Platon das Problem des Handelns und des guten Lebens formulieren, als ein System von Normen und Wahrheiten (das hingegen in vielen Interpretationen des klassischen Denkens zu entdecken ist, die sich von einem typisch modernen normativen Schema leiten lassen). Vgl. dazu den Aufsatz von S. BIRAL, *Platone: governo e potere*, in “Filosofia politica” 1992, n. 3, pp. 399-428 (jetzt auch in *Storia e critica della filosofia politica moderna*, Franco Angeli, Milano 1999) sowie *Platone e la conoscenza di sé*, Laterza, Bari 1997.

des Regierungsbegriffs fällt in Wirklichkeit mit seinem Ende zusammen: Die Selbstregierung des Menschen wird zu einer vom eigenen Willen ausgehenden Leitung seiner selbst; der neue Begriff der Freiheit verdrängt also die Idee der Regierung.

Das Wort "Volk" gewinnt im Zusammenhang der modernen Politikwissenschaft eine gänzlich neue Bedeutung: nicht mehr ein aus Teilen zusammengesetztes Ganzes, oder Teil einer *polis* wie in Griechenland, sondern die Gesamtheit und Einheit aller gleichen Individuen. Wenn der Ausgangspunkt ein Naturzustand ist, der nur gleiche Individuen kennt (dies ist der strategische Kunstgriff des modernen naturrechtlichen Kontraktualismus, der die spätere Staatslehre prägt), dann gibt es kein *Volk* vor dem Vertrag, d.h. vor der artifiziellen Konstruktion der Gesellschaft. In diesem Volk — als Totalität gleicher Individuen — muss die politische Herrschaft ihren Sitz haben; sie ist ungeteilt und absolut, weil sie auf den Rechten der Individuen — allen voran Gleichheit und Freiheit — beruht und die Funktion hat, diese Rechte in der historischen Wirklichkeit durchzusetzen. So gewinnen wir den modernen Souveränitätsbegriff: die ungeteilte Herrschaft des politischen Körpers, ein Begriff, der nun auch das Verständnis der sozialen Beziehungen, die Bedeutung des *imperium* und das Unterordnungsverhältnis der Menschen untereinander beeinflusst. ⁽¹⁸⁾

So gesehen ist der Begriff *Herrschaft* — als politische Macht, Souveränität — etwas Neues, das in der voraufgehenden Tradition nicht existiert. Eine derartige Herrschaft kann nur dem politischen Subjekt in seiner Gesamtheit zustehen, und eben deshalb gibt es ihr gegenüber kein Recht auf Widerstand mehr — wie noch in den vom Prinzip der Regierung geprägten Lehren. Gegenüber der gesamtgesellschaftlichen Herrschaftsinstanz ist kein Widerstand mehr zulässig, denn ein solcher wäre gleichbedeutend mit der Anmaßung Einzelner, auf einer Gegenmacht und Differenz zum Gesamtkörper — zum Volk — zu beharren. Es mag paradox

⁽¹⁸⁾ Dies geschieht z. B. bei Pufendorf, bei dem das Wort *imperium* eine ganz andere Bedeutung als bei Althusius hat. Zur unterschiedlichen Bedeutung, die der Terminus *imperium* annimmt, je nachdem, ob er noch dem Kontext der aristotelisch geprägten politischen Lehren angehört oder bereits dem der modernen Naturrechtslehre, vgl. den ersten Teil von DUSO (Hrsg.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999 cit. (mit Auswahlbibliographie zum Thema).

erscheinen, ist aber logisch folgerichtig, dass gerade dort, wo — wie in der *Politica* von Althusius — die Verschiedenheit der Menschen und die Natürlichkeit (d.h. Rationalität) der Unterordnung behauptet werden, ein Widerstandsrecht eingeräumt wird, während mit dem Auftauchen eines Herrschaftsbegriffs, der sich auf das ganze kollektive Subjekt, das Volk, bezieht und die individuellen Freiheitsrechte sowohl zur Grundlage wie zum Ziele hat, das Recht auf Widerstand wegfällt. Nur durch gemeinsame, also politische Herrschaft können Gleichheit und Freiheit der Individuen verwirklicht werden, und einziges Gesetz ist der Ausdruck ihres Willens. (19)

Die Unterordnung unter die gemeinsame Herrschaft ist jetzt vollkommen und bedarf daher der Legitimation (20), so wie auch der sich herausbildende Gegensatz zwischen dem Ausübenden der Herrschaft und dem in der Rolle des Untertanen Befindlichen legitimiert werden muss, da der theoretische Ausgangspunkt ja die Gleichheit der Menschen ist. Die Rechtfertigung besteht in einem rationalen, wissenschaftlichen Entwurf, der eine solche Herrschaft als einzige tauglich erscheinen lässt, das Leben, die Quelle aller Güter des Individuums, zu erhalten; die Rechtfertigung liegt aber auch in der Tatsache, dass die Individuen nicht dem Willen einer besonderen Person untertan sind, sondern dem Willen des gesamten politischen Körpers: Dies ist der wahrer Wille aller, ihr politischer Wille im Gegensatz zu ihren privaten Willen. Im Kontext dieser “wissenschaftlichen” Denkweise über Politik, deren tragende Elemente die *Individuen* mit ihren Rechten und die *Herrschaft* im Sinne der vereinten Macht des politischen Körpers sind, entstehen die Begriffe von Volk, Herrschaft und Repräsentation, die in die Vorstellung von repräsentativer Demokratie einfließen. Die Entste-

(19) Zum Bedeutungswandel von “Herrschaft” sei erinnert an OTTO BRUNNER, *Anmerkungen über die Begriffe “Herrschaft” und “Legitimität”*, in *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1968, pp. 64-79.

(20) Die Frage der Legitimierung ist eine moderne Frage, die sich in dem Moment stellt, als im Hobbes’schen Denken die repräsentative staatliche Person auftritt: vgl. HOFMANN, *Legitimation und Rechtsgeltung*, Duncker & Humblot, Berlin 1977, cit., p.13, *Repräsentation* cit., p 382; vgl. auch R. POLIN, *Analyse philosophique de l'idée de légitimité*, in *L'idée de légitimité*, “Annales de philosophie politique”, Paris 1967.

hung dieser Begriffe fällt zusammen mit dem Abschied von jener langen Denktradition, in der das Prinzip der Regierung das Nachdenken über Politik bestimmte — einer Tradition, die noch im 17. Jahrhundert in vielen politischen Theorien präsent ist, die sich auf die aristotelische Lehre berufen ⁽²¹⁾. Volkssouveränität und Repräsentationsbegriff bilden im Kontext der Naturrechtslehren einen Gegensatz, sind aber zugleich eng miteinander verknüpft. Bei Hobbes und Rousseau kommt dies in reinster und radikalster Form zum Ausdruck, aber gerade in ihrem Denken lässt sich beobachten, dass der Gegensatz zwischen direkter und repräsentativer Willensäußerung des Volkes doch stets im Rahmen der modernen Konzeption von Souveränität bleibt, d.h. eine Verabsolutierung des Willens und der Entscheidung des kollektiven politischen Subjekts vornimmt, die vor dem neuzeitlichen Naturrecht undenkbar gewesen wäre.

7. *Das Volk "durch" den Repräsentanten.*

Der Unterschied zwischen Hobbes und Rousseau betrifft nicht so sehr die Unterordnung unter das kollektive Subjekt oder die unentbehrliche Rolle desselben, wenn es darum geht, die Freiheit der Bürger zu garantieren bzw. die Einzelnen — wie Rousseau sagt — zu *zwingen*, *frei* zu werden. Bei beiden Denkern sind die Begriffe Freiheit und Souveränität eng miteinander verknüpft und bedingen sich gegenseitig: nur die Herrschaft — im neuen Sinne der Souveränität — macht frei! Der Unterschied liegt vielmehr in der

⁽²¹⁾ Beispielhaft für das hier Gesagte ist die *Politica* von Althusius und die Art, wie darin die Demokratie behandelt wird. (vgl. *Herrschaft als gubernatio bei Althusius*, in *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der Politica methodice digesta des Johannes Althusius*, hrsg. von E. Bonfatti, G. Duso, M. Scattola, Wolfenbüttel 2002). Natürlich unterscheidet sich die hier vertretene Position recht stark von der berühmten Interpretation durch O. VON GIERKE (*Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau 1980), der Althusius als Beginn des modernen Naturrechts betrachtet. Eine Diskussion der Gierke-These findet sich in *Mandatskontrakt, Konsoziation und Pluralismus in der politischen Theorie des Althusius*, in G. DUSO, W. KRAWIETZ, D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Konsoziation und Konsens. Grundlage des modernen Föderalismus in der politischen Theorie*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 65-81.

Einstellung zur Frage der politischen Repräsentation. Natürlich findet man bei Hobbes nichts von den Verfahren, welche die Repräsentation in den modernen Verfassungen regeln. Gleichwohl kann man sagen, dass wir im *Leviathan* zum ersten Mal in ganzer Klarheit den logischen Kern der modernen Repräsentation vor uns haben, ja, geradezu das Geheimnis ihrer Notwendigkeit, sofern man das kollektive Subjekt als etwas aus einzelnen Individuen und ihren jeweiligen Willen Gebildetes begreift. Hobbes erfindet die moderne Repräsentation im Sinne einer Repräsentation der politischen Einheit.

Einige Elemente des Hobbes'schen Denkens, die für die Entwicklung der politischen Ideen hin zur modernen Staatslehre grundlegend waren, seien kurz in Erinnerung gerufen: Wenn der politische Körper aus der Gleichheit der Menschen abgeleitet wird, dann darf man sich fragen, wer seinen Willen ausdrücken soll: Aus der Summe der verschiedenen Einzelwillen kann er offenbar nicht resultieren, und zugleich gibt es niemanden, der mit Eigenschaften und Tugenden ausgestattet wäre, die ihn für eine solche Aufgabe prädestinieren würden. Damit dieser Körper einen Willen und eine Entwicklung besitzen kann, muss eine Theorie des Handelns entstehen, nach der eine *Person* (und das Wort gewinnt in diesem Kontext eine ganz bestimmte, etymologisch motivierte Bedeutung) nicht für sich selbst, sondern für die gesamte öffentliche Person (*persona civilis*) handelt.

Dass die nachfolgenden Denker sich ziemlich erfolglos den Kopf darüber zerbrechen, wie die repräsentative Ausübung der Herrschaft zu kontrollieren sei, liegt darin begründet, dass sie das repräsentative Prinzip akzeptieren, dem zufolge *die Repräsentation unabdingbare Voraussetzung dafür ist, die politische Gemeinschaft, d.h. das kollektive Subjekt zu konzipieren*. So gesehen erweist es sich freilich als schwierig, das kollektive Subjekt als eines zu denken, das eine Kontrollfunktion *gegen* und *gegenüber* demjenigen ausübt, der es repräsentiert. Es ist daran zu erinnern, dass sich für Hobbes der absolute Charakter der Souveränität und die Notwendigkeit des Gehorsams gegenüber dem Souverän ausschließlich aus dessen repräsentativem Wesen herleiten, also daraus, dass sich in ihm der Wille des kollektiven Subjekts, des Volkes, ausdrückt; letztlich leistet man also dem Volke gegenüber Gehorsam. Dies ist das

wesentliche Kennzeichen der modernen Herrschaft: dass sie dem politischen Körper insgesamt zugeordnet ist, und dass es der Wille des kollektiven Subjekts ist, der sich in der politischen Herrschaft ausdrückt, auch wenn ihre Ausübung einer Person oder Versammlung übertragen ist. Wenn man die Logik der Hobbes'schen Argumentation genauer betrachtet, zeigt sich, dass der Gehorsam auch dort dem Volk, dem kollektiven Subjekt gegenüber geleistet wird. Die Besonderheit von Hobbes (im Grunde die Besonderheit derjenigen, die nach ihm das repräsentative Prinzip akzeptieren) liegt in der Überzeugung, *die Repräsentation sei die einzige Möglichkeit, das kollektive Subjekt und seine Herrschaft Wirklichkeit werden zu lassen.*

Der Vorgang der Repräsentation betrifft aber nicht nur die Frage, wie das kollektive Subjekt zum Ausdruck kommt, sondern auch die Art der Bildung der politischen Autorität: eben hierin manifestiert sich das dem Repräsentationsbegriff eigene Element der Herrschaftslegitimation. Vor dem Hintergrund der Gleichheit der Menschen erfordert die Bildung der Autorität einen Prozess der Autorisierung (Ermächtigung), in dem alle zu Urhebern (*autores*) der Handlungen werden, die ein anderer, d.h. der Darsteller (*actor*, Repräsentant) ausführt. Dies ist der logische Kern der modernen *Repräsentation*, dies ist das Fundament der Legitimation der modernen politischen Form und zugleich der Ursprung der darin zu Tage tretenden Aporien. Im Kapitel XVI des *Leviathan* wird dieses neue Konzept der Repräsentation zum ersten Mal formuliert: Es erschöpft sich nicht in einer schlichten Variante in der Geschichte des Begriffs der politischen Repräsentation, sondern verkörpert vielmehr die Entstehung von etwas völlig Neuartigem, einer neuen Weise, den Menschen, das Gemeinschaftsleben der Menschen und die Politik zu konzipieren.

Zwar hat der Prozess der Autorisierung im *Leviathan* logischen Charakter und bezieht sich nicht auf irgendeine Art von Verfahren, aber wenn man sich die Bedeutung vor Augen hält, welche die Wahl als Grundlage der Repräsentation im Kontext der französischen Revolution und im Denken von Sieyès hat (nicht die *Übertragung* konkreter Willen, sondern vielmehr eine Form der *Autorisierung*), dann lässt sich im Hobbes'schen Text unschwer jener logische Kern der Repräsentation erkennen, der sich in den mo-

dernen Verfassungen durchsetzt. Der Gehorsam ist dem Herrschenden zu leisten, weil es sich um die Herrschaft des ganzen Volkes handelt und weil die Handlungen des Repräsentanten autorisierte Handlungen sind, also Handlungen, deren *autores* alle Individuen sind. Deutlich wird, warum *begrifflich* ein Verhältnis zwischen den Begriffen der repräsentativen Demokratie und dem Denken des absolutistischen Hobbes besteht.

Aber zugleich stößt man auf einige Aporien. Die Tatsache, dass die Begründung von Herrschaft und die Einsetzung der Autorität *von unten* kommen, impliziert keinen echten Beitrag der Bürger zur Bildung des Gemeinwillens, d.h. des Gesetzes. Das genaue Gegenteil ist der Fall: Nur von Oben wird der allgemeine Wille formiert und werden die Gesetze für das Gemeinschaftsleben der Menschen geschaffen. Repräsentation führt nicht zur Mitwirkung der Bürger, im Gegenteil: Sie können sich an den Handlungen des Repräsentanten nicht beteiligen, denn sie selbst *sind ja bereits* die Urheber dieser Handlungen. Die Bürger wirken also nicht mit und können nicht kontrollieren, denn gegenüber ihren eigenen, vom Repräsentanten vollzogenen politischen Handlungen sind sie zu reinen Privatleuten geworden. Mehr noch: Sie sind keine politischen Subjekte mehr, wie das Titelblatt des *Leviathan* ⁽²²⁾ deutlich macht (das vielleicht etwas mit der modernen Demokratie zu tun hat): Dem Souverän stehen keine Bürger mehr gegenüber, wie es in einer politischen Konzeption gemäß dem Prinzip der *Gubernatio* der Fall war. Gegenüber dem Regierenden konnten die Regierten — z.B. in der *Politica* von Althusius — durch ihre gemeinschaftlichen Organe nicht nur mitwirken, sondern auch kontrollieren und den Handlungen der Regierung Widerstand leisten. Nun sind die Bürger *im* Körper des Souveräns, sie bilden selbst seinen Körper: dessen Handlungen sind ihre eigenen *politischen* Handlungen. Die Kehrseite der Aufwertung des Individuums im Kontext der Entstehung der modernen Staatslehre ist die Gefahr, eben dieses Individuum zu einem unpolitischen zu machen. Hier lässt sich die Aporie der modernen Subjektivität von einem politischen Gesichtspunkt aus erkennen: Die einzelnen Bürger werden aktive Subjekte, insofern

⁽²²⁾ Vgl. dazu H. HOFMANN, *Bilder des Friedens oder die vergessene Gerechtigkeit*, Siemens-Stiftung, München 1997.

sie Urheber von Handlungen sind; aber aufgrund des Vorgangs der Ermächtigung, vollziehen sie niemals selbst diese Handlungen. Diejenigen hingegen, welche eben diese Handlungen ausführen, also die Repräsentanten, übernehmen keine Verantwortung dafür, denn Urheber sind ja all die anderen, welche sie zu diesen Handlungen ermächtigt haben ⁽²³⁾. Repräsentation führt zu einer gespaltenen Sicht auf politische Subjektivität und menschliches Handeln.

Aber im XVI. Kapitel des *Leviathan* findet man den tieferen Grund der logischen Notwendigkeit der Repräsentation: er besteht darin, dass der politische Körper, die bürgerliche Person, anders als in den vorausgehenden Lehren, nicht ausgehend von vorgegebenen Ständen und Korporationen, sondern ausgehend von Individuen konzipiert wird. An einer für die moderne Staatslehre äußerst folgenreichen Stelle fragt sich Hobbes — und zwar *bevor* er zur Entstehung des großen politischen Subjekts durch den Vertrag kommt — wie es möglich ist, eine Menge von Menschen als Einheit aufzufassen, wo doch die unzähligen Individuen, die diese Masse bilden, keine Einheit sind, sondern Vielheit. Seine Antwort hat eine Dichte und ein Gewicht, das zu wenig bedacht wird bzw. wurde von denen, die sich Hobbes entgegengesetzt haben oder die glauben, sich leicht der in seinem Denken manifesten Aporien entledigen zu können. “Eine Menge von Menschen wird zu *einer* Person gemacht, wenn sie von einem Menschen oder einer Person repräsentiert wird und sofern dies mit der besonderen Zustimmung jedes einzelnen dieser Menge geschieht. Denn es ist die Einheit des Repräsentanten, nicht die *Einheit* der Repräsentierten, die bewirkt, das *eine* Person entsteht [d.h. keine Einheit des Volkes möglich ist ohne Repräsentation]. Und es ist der Repräsentant, der die Person, und zwar nur eine Person, verkörpert” ⁽²⁴⁾. Und Hobbes schließt: “Anders kann

⁽²³⁾ Noch Weber weist auf die Unverantwortlichkeit des Repräsentanten hin, die ihren Grund in der spezifischen Natur der modernen Repräsentation hat: Der Repräsentant ist nicht an die Interessen und Willen derjenigen gebunden, die ihn delegiert haben, ist nicht Diener, sondern Herr (vgl. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. v. J. Winckelmann, Tübingen 1976², I, 172; vgl. auch meinen Beitrag *Tipi del potere e forma politica moderna in Max Weber*, in *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Franco Angeli, Milano 1988, p. 79).

⁽²⁴⁾ T. HOBBS, *Leviathan*, hrsg. von I. Fetscher, übers. von W. Euchner, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991, p. 126-127. Mit Bedacht auf die theoretische

Einheit bei einer Menge nicht verstanden werden"! Hier wird die Frage der Beziehung Viele-Einer aufgeworfen, die den unauflösllichen Zusammenhang der Begriffe "Individuum" und "Souveränität" kennzeichnet: Souveränität, und damit moderne politische Herrschaft, ist gar nicht anders denkbar als aufbauend auf dem Begriff der Individuen, und andererseits kann es, wenn man die Individuen als Fundament der Herrschaft setzt, kein anderes Ergebnis geben als die Souveränität. Hier liegt also das Geheimnis des modernen Begriffs von Repräsentation und seiner Notwendigkeit für das Verständnis des Zusammenhangs zwischen individuellem und kollektivem Subjekt, hier liegt aber auch der Grund für seine Aporien. Daraus folgt, dass der Begriff der Souveränität nur überwunden werden kann, wenn seine logische Grundlage überwunden wird: die grundlegende und absolute Größe des Individuums und seines Willens; und wenn man den Zusammenhang zwischen individuellem und kollektivem Subjekt überwindet, der eben in *diesem* modernen Begriff von Repräsentation besteht.

Dieser Repräsentationsbegriff bringt sehr schön die formale Struktur der Rationalität der Herrschaft zum Ausdruck, wie sie bei Hobbes (und vielleicht auch in der modernen repräsentativen Demokratie) vorliegt. Erst mit diesem Begriff der Repräsentation entsteht die moderne Auffassung der politischen Macht, der Herrschaft (im Sinne von Max Weber), d.h. der Souveränität. Eine Konzentration der Macht, wie bei Bodin, ist nicht ausreichend: Der *summa potestas* ist bei Bodin noch eine vielfältige Wirklichkeit entgegengestellt: dem Fürsten stehen noch die Untertanen *gegenüber*. Erst mit der Repräsentation und dem ihr eigenen Prozess der Autorisierung entsteht die moderne Souveränität, die nicht die *summa potestas* gegenüber anderen *potestates* ist, sondern die einzige *potestas*, da sie ja die Herrschaft Aller, des gesamten Volkes ist. In Bezug auf Hobbes' Denken kann man meines Erachtens eigentlich noch nicht von Staat sprechen, aber wenn wir diesen Ausdruck der Kürze halber benutzen wollen, so lässt sich sagen, dass es gegenüber der Staatsräson keine andere, verschiedene

Reflexion des 20. Jahrhunderts zum Thema "Repräsentation" (man denke an Carl Schmitt und Leibholz) habe ich im Zitat die Ausdrücke *Vertreter* und *Vertretene* durch *Repräsentant* und *Repräsentierte* ersetzt.

Instanz mehr gibt, weil die Instanz des Kollektivkörpers mit derjenigen der Bürger zusammenfällt. Hier liegt der Ursprung des modernen Begriffs von Herrschaft und ihrer Legitimierung.

Gemäß der Logik des neuen Begriffs von Repräsentation kann der Wille des Volkes nur derjenige des Repräsentanten sein; deshalb kehrt die Hobbes'sche Feststellung, dass der Wille des Volkes der des Repräsentanten *ist*, dass also in einer Monarchie der König das Volk ist, später bei all denen wieder, die — auch wenn sie nicht bewusst an Hobbes anknüpfen — das repräsentative Prinzip anerkennen ⁽²⁵⁾. Im Bereich der deutschen Geistesgeschichte ist Pufendorf bezeichnend, der die Hobbes'sche These akzeptiert und erläutert und dabei eine klare Trennung zwischen *civitas* und Privatbürgern vollzieht: Die Handlungen der *civitas* sind *actiones separatae* gegenüber dem privaten Handeln der *cives*. Bezeichnend ist aber auch, wie Pufendorf und auch Kant den Widerstand des Volkes gegen die Herrschenden zurückweisen: Der tiefere Grund dafür liegt nämlich im engen Zusammenhang von kollektivem Subjekt und seinem repräsentativen Ausdruck; den Repräsentanten, welche die Macht ausüben, kann keinesfalls das Volk als kollektives Subjekt gegenüberstehen, sondern nur die Gesamtheit der Untertanen, die gewiss nicht das Recht haben, sich gegen das kollektive Subjekt aufzulehnen. ⁽²⁶⁾

Noch lehrreicher aber ist der Versuch Fichtes, eine wirksame Kontrolle durch das Volk zu konzipieren. Auf dem repräsentativen Prinzip aufbauend, begreift er sehr wohl, dass — sobald der Staat einmal gebildet ist — der repräsentative Körper das kollektive Subjekt ausdrückt. Deshalb unternimmt er komplexe Anstrengungen, das kollektive Subjekt — den einzigen Quell der Herrschaftskontrolle neben dem repräsentativen Körper — gedanklich zu erfassen. Wegen der im Verfassungsmechanismus des Ephorats gegebenen Schwierigkeiten gipfelt sein Versuch in der Revolution

⁽²⁵⁾ Emblematisch ist die Art, wie Pufendorf diese Aussage Hobbes'rechtfertigt und erklärt, indem er die zwei Bedeutungen von "Volk" unterscheidet: Einerseits die Gesamtheit der Untertanen, andererseits das kollektive Subjekt, das sich nur durch die Stimme und das Handeln des Repräsentanten artikulieren kann (S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, Londini Scanorum 1672, VII, 2, 14).

⁽²⁶⁾ Nähere Erklärungen und Textverweise finden sich in meinem Aufsatz *Genesi e logica della rappresentanza politica moderna*, in "Fundamentos", n. 4, 2002.

(Schrift über das *Naturrecht*). Dabei kann man vor allem die Schwierigkeit beobachten, die Verfassung als eine zu konzipieren, die für die Revolution offen ist und zugleich vernunft- und rechtmäßig auf dem Willen der Individuen basiert: die Konstruktion der politischen Form selbst droht dadurch in Frage gestellt zu werden. Weiter zeigt die Analyse des Fichte'schen Textes: Da das Volk — im modernen Sinne — als Gesamtheit der Individuen, also in der Form der *politischen Einheit* verstanden wird, kann auch das Volk der Revolution nicht anders gedacht werden als durch repräsentative, obschon nicht konstitutionell konzipierte, Verfahren, also durch Uni-formierung der Pluralität von Individuen, die zu *einem Volk* werden. Es ist kein Zufall, dass Fichte von den Revolutionären als *natürlichen Ephoren* spricht: Man bedenke, dass das Ephorat eine zweite Form der Repräsentation darstellt! (27)

8. *Das Volk "gegen" den Repräsentanten.*

Wenn wir noch einmal die Französische Revolution und den begrifflichen Ursprung des Volkes als verfassungsgebende Größe betrachten, die unmittelbar, d.h. ohne den Schöpfungsakt der Repräsentation, existiert, dann führt kein Weg am Denken Rousseaus vorbei. Hier nämlich, und keineswegs in der Antike, finden wir den Ursprung der Idee, das Volk als kollektives Subjekt manifestiere seinen Willen auf direktem Wege, ohne die Vermittlung der Repräsentation. Wohlgermerkt ist Rousseaus Problem die Frage nach der Herrschaft des Volkes, also das moderne Problem der Souveränität, und sicherlich nicht die antike Frage der Regierungsformen. Das ergibt sich aus der Tatsache, welche geringe Bedeutung er im *Contrat social* den Formen der Regierung beimisst und wie er die Demokratie als Regierungsform abhandelt: Sie gilt ihm nicht nur als Ursache von Unordnung und Instabilität, sondern

(27) Vgl. G. DUSO, *Logica e aporie della rappresentanza tra Kant e Fichte*, "Filosofia politica" I (1987), pp. 31-55; zur Entwicklung des Fichte'schen Denkens und zur Überwindung des Naturrechts vgl. meinen Beitrag *Politische als praktische Philosophie beim spätem Fichte*, in *Der Transzendental-philosophische Zugang zur Wirklichkeit. Beiträge aus der aktuellen Fichte-Forschung*, hrsg. E. Fuchs, M. Ivaldo, G. Moretto, Frommann-Holzboog, Stuttgart- Bad Cannstatt, 2001, pp. 393-409.

erscheint, wenn man Rousseaus Ausführungen gründlich liest, als undenkbar. Denn: “A prendre le terme dans le rigueur de l’acception il n’a jamais existé de véritable Démocratie, et il n’existera jamais. Il est contre l’ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné.”⁽²⁸⁾ Aber die Unmöglichkeit würde noch deutlicher hervortreten, wenn Rousseau in diesem Fall konsequenter wäre, denn warum heißt es “große Zahl” oder “Mehrheit” und nicht “alle” — im Einklang mit dem modernen Verständnis von “Volk”? Dann nämlich würde offensichtlich, dass die Größe “Gesamtheit” nichts und niemanden regieren kann. Aber wie wir im Weiteren sehen werden, besteht Rousseaus eigentliches Problem darin, dass diese Gesamtheit keine reale, sondern nur eine ideelle Existenz hat.

Bei Rousseau findet sich die radikalste Opposition gegen das repräsentative Prinzip, das indessen vom politischen Denken nach Hobbes allgemein akzeptiert wurde, auch wenn oftmals ohne das Bewusstsein der logischen Konsequenzen, die aus diesem Ansatz folgen. Daher ist niemand besser geeignet als Rousseau, um zu prüfen, ob die Idee der Nicht-Repräsentativität der Souveränität des kollektiven Subjekts denkbar ist und ob sie uns aus den Aporien des von Hobbes erfundenen Prinzips der Repräsentation hinausführt.

Rousseaus Versuch, den Dualismus, d.h. die Trennung desjenigen, der die Herrschaft ausübt, von demjenigen, der nur Untertan ist, zu überwinden, führt zur Koexistenz der beiden Aspekte — Untertan und Souverän — in ein und demselben Menschen, welcher zwar Untertan gegenüber dem Gesetz und dem souveränen Willen ist, als Bürger jedoch einen Teil eben dieses Souveräns bildet. Wohlgemerkt ist er nicht identisch mit dem “Souverän”, denn im Rahmen einer Logik, die von den zwei Polen Individuum und Souveränität ausgeht, kann nur das kollektive Subjekt souverän sein. Die auch heute geläufige Meinung, die Bürger seien “souverän”, ist sich des in dieser Formulierung verborgenen Widerspruchs und der Logik der modernen politischen Begriff nicht hinreichend bewusst. Wenn wir uns allerdings fragen, ob die Einheit von

⁽²⁸⁾ *Du contrat social, Oeuvres complètes de Jean Jacques Rousseau*, ed. la Pleiade., Gallimard, Paris 1964, Bd. III, L. III, Cap. IV, p. 404.

Untertan und Souverän im einzelnen Menschen die Unterwerfung der Untertanen und den vom Repräsentationsbegriff erzeugten Dualismus überwindet, so scheint mir die Antwort negativ sein zu müssen. Rousseau sagt nämlich: “En effet chaque individu peut comme homme avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté général qu’il a comme Citoyen. Son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l’intérêt commun...”⁽²⁹⁾. Also ist der Dualismus nicht überholt, sondern schizophoren verinnerlicht. Die Unterwerfung ist jetzt absoluter und perfekter als bei Hobbes. Aber es bleibt Unterwerfung, in welcher das Gemeininteresse und der Gemeinwille für das Individuum immer “anders” bleiben; trotzdem es erkennen müsste, dass dieses Interesse gegenüber seinem privaten Interesse sein wahres Interesse ist, und dass der Gemeinwille gegenüber seinem eigenen Willen sein “wahrer Wille” ist. (Über diese Dialektik und die Grundlage der Tyrannei gibt es einige hervorragende Stellen in der Jenaer Geistesphilosophie Hegels).

Aber noch problematischer wird es, wenn man sich fragt, auf welche Art und Weise sich der Gemeinwille ausdrückt, denn er stimmt ja nicht mit dem “Willen Aller” überein, und es sind nicht alle, “wirklich alle”, die sich politisch artikulieren können. Es ist bezeichnend, dass gerade im wichtigsten Moment, in welchem das Volk als Subjekt seinen Willen ausdrücken kann und muss, nämlich im konstituierenden Moment der Verfassung das Volk in seiner konkreten Form als für diese Aufgabe ungeeignet betrachtet wird. (In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die öffentliche Person, welche aus der Einheit aller Menschen entsteht, als passive Größe “Staat”, als handelndes Subjekt hingegen “Souverän” genannt wird)

Hier entspringt der oben erinnerte Grundsatz, der zum allseits wiederholten Refrain geworden ist und die Grundlage der demokratischen Verfassungen bildet: “Das den Gesetzen unterworfenen Volk muss zugleich deren Urheber sein”. Aber es ist sonderbar, dass das Prinzip der Identität des Subjekts, welches gehorcht, weil es zugleich das Gesetz macht, seine grundlegende Aporie gerade im Denken desjenigen hervortreten lässt, der sich am radikalsten

⁽²⁹⁾ *Du contrat social*, L. I, VII, p. 363.

dagegen ausgesprochen hat, dass jemand *an Stelle* des Volkes in seiner Gesamtheit handelt.

Rousseau fragt sich nämlich: "Wie kann eine blinde Vielheit, die oft nicht weiß, was sie will, weil sie nicht weiß, was ihr nützt, allein ein so großes und schwieriges Unterfangen bewältigen wie ein System der Gesetzgebung? Das Volk selbst will immer das Gute, aber nicht immer erkennt es dies selbst" ⁽³⁰⁾. Hier bezeichnet der Ausdruck "Volk" die Gesamtheit der dem Gesetz unterworfenen Bürger. Aber *wo* ist dann der Souverän, das souveräne Volk, das den Staat konstituiert? An der Spitze der Ausübung der Souveränität erfindet Rousseau die Figur des großen Gesetzgebers, der das fast göttliche Werk vollbringen muss, der Stadt die Gesetze zu geben und die Gemeinschaft zu konstituieren. ⁽³¹⁾ Wiederum ist das Problem, wie man von der isolierten Individualität des Einzelnen zu einer Gemeinschaft gelangt, in der die Einzelnen ein soziales Wesen haben. Dazu ist anscheinend das übermenschliche Werk einer Person, des göttlichen Gesetzgebers, nötig, der nicht nur den Willen des kollektiven Souveräns ausdrückt, sondern der auch das Volk formiert und konstituiert ⁽³²⁾.

Wenn man verstanden hat, dass die Logik des repräsentativen Prinzips die persönliche Vermittlung des Repräsentanten ⁽³³⁾ notwendig macht, um dem kollektiven Subjekt eine einheitliche Stimme zu geben, dann wird man mit einiger Verwunderung mitten in jenem Werk, das mit größter Entschiedenheit das repräsentative Prinzip kritisiert, auf eben jene persönliche Funktion stoßen, die in der repräsentativen Logik den kollektiven Willen formiert, auch

⁽³⁰⁾ Vgl. *Du contrat social*, L. II, cap. VI, p. 380.

⁽³¹⁾ Vgl. *Du contrat social*, L. II, cap. VII. Dazu und zur Rousseau-Interpretation verweise ich auf S. BIRAL, *Rousseau, la società senza sovrano*, in *Il contratto sociale* cit., p. 191-236.

⁽³²⁾ "Celui qui ose entreprendre *d'instituer un peuple* doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine; de transformer chaque individu, qui par lui même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu reçoit en quelque sorte sa vie et son être; d'alterer la constitution de l'homme pour la refondre; de substituer une *existence partielle et morale* à l'existence physique et indépendante que nous avons tous reçue de la nature" (*Contrat social* L. II, cap. VII, p. 381, meine Hervorhebungen).

⁽³³⁾ Man beachte, dass das Stammwort von *persona* die Funktion der Repräsentation ausdrückt, worauf Hobbes im XVI. Kapitel des *Leviathan* hinweist.

wenn es sich bei Rousseau nicht um eine konstituierte oder konstitutionell verstandene Repräsentation handelt. Der Notwendigkeit des Gesetzgebers liegt eine Aporie zugrunde: Wie kann die Aufgabe, dem Staat eine Konstitution, eine Form zu geben, von einem Subjekt übernommen werden, *das selbst nicht konstituiert ist*, das keine Form hat? In den modernen Verfassungen erscheint diese Aporie meines Erachtens in der Form der verfassunggebenden Gewalt. Das Problem liegt darin, dass der moderne Begriff des Volkes als Gesamtheit unzähliger Individuen, aber zugleich einheitliches Subjekt, als konstituierende, nicht als konstituierte Größe keine empirisch fassbare, *sondern eine ideelle Größe* ist; deshalb bedarf es der konkreten personalen, repräsentativen Vermittlung, damit das Volk sich in spezifischer Weise artikulieren kann ⁽³⁴⁾.

Wenn man nach der logischen Grundlage dafür sucht, dass im Herzen der Rousseau'schen Souveränität der Aspekt der Repräsentation wieder hervortritt, dann muss man zum Ausgangspunkt des naturrechtlichen Denkens zurückgehen. Als Grundlage darf jene Hobbes'sche Frage gelten, mit welcher er die Geschichte der modernen Repräsentation einläutet: Wie lässt sich eine Vielheit von Individuen als *Einheit* verstehen? Eben die Tatsache, dass eine unbestimmte Zahl von Individuen als Basis der Gesellschaft gesetzt wird, macht eine Einheit notwendig, die nur mittels eines repräsentativen Verfahrens eine wirkliche Form annehmen kann. Mit anderen Worten: Die Einheitlichkeit und Absolutheit der modernen Souveränität ebenso wie ihre *Alterität* im Verhältnis zu den Bürgern ist der Tatsache geschuldet, dass die Individuen als solche am Ausgangspunkt des theoretischen Entwurfs stehen. Es ist eben die Schwierigkeit, die Vielheit der Einzelnen mit der Einheit des kollektiven Subjekts zu vermitteln, die bei Rousseau zu jener Aporie führt, die in der Figur des Gesetzgebers hervortritt ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Dieser ideelle Charakter des Volkes ist der Grund, warum man m.E. — entgegen der von Schmitt und Leibholz behaupteten Dualität der Prinzipien der modernen politischen Form — die Existenz eines einzigen Prinzips, nämlich des Prinzips der Repräsentation, anerkennen sollte. (vgl. G. DUSO, *Rappresentazione e unità politica nel dibattito degli anni Venti: SCHMITT e LEIBHOLZ*, in *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, cit., pp. 83-114.

⁽³⁵⁾ Dass die von Rousseau angebotene Lösung ebenfalls von einer Spaltung gekennzeichnet ist, zeigt sich auch im *Gesellschaftsvertrag* an der Stelle, wo von der

9. *Fortbestehen der mit der modernen politischen Wissenschaft entstandenen Begriffe in der repräsentativen Demokratie?*

Es ist nicht meine Absicht, das Thema der heutigen repräsentativen Demokratie allzu simpel, d.h. ausschließlich und unmittelbar mit den von Hobbes und Rousseau geprägten Begriffen anzugehen. Hierfür wären diverse analytische Zwischenschritte notwendig sowohl im Bereich der Ideen (man denke an die Veränderung von Struktur und Funktion der Politikwissenschaft durch Max Webers Soziologie), wie auch zu den historischen und konstitutionellen Aspekten (Wahlrecht und seine Ausweitung, Massendemokratie, Parteienstaat, Einfluss der sozialen Gruppen auf die politischen Entscheidungen, Dezentralisierung derselben, Rolle der öffentlichen Meinung, Formen ihrer Herausbildung und Manipulation usw.). Natürlich kann man behaupten, dass die tatsächliche Arbeitsweise der zeitgenössischen Demokratien eine Reihe von Beziehungen und Funktionen des politischen Lebens einschließt, die in der hier dargestellten *Theorie* der Repräsentation nicht vorgesehen sind. So ist die Beziehung des Repräsentanten zu den sozialen Gruppen durchaus existent und häufig intensiv, jenseits des formellen Verhältnisses von Individuum und Staat, von privater und öffentlicher Sphäre. Der Bürger kann über die verschiedensten Gruppierungen Einfluss auf das öffentliche Leben nehmen, und die Funktionsweise von Parteien, Gewerkschaften und Interessensgruppen aller Art zeigt, welche komplexe politische Realität sich hinter der Beziehung zwischen Repräsentanten und Repräsentierten verbirgt. Allerdings ist es wohl kein Zufall, dass die Vielschichtigkeit dieser Beziehungen nur schwer in den formellen Konstitutionen Platz findet und dass in den Verfassungen noch heute der oben dargestellte Repräsentationsbegriff den politischen Gehorsam legitimiert.

In Licht der dargestellten Aporien der Begriffe der modernen Vertragslehre kann man sich fragen, ob das Problem weniger darin liegt, das repräsentative Element mit einer direkten Befragung des

Spaltung zwischen partikulärem Willen des Einzelnen und dem ihm als Bürger eigenen Gemeinwillen die Rede ist. (L. I, cap.7, p. 363.)

Volkes zu vereinbaren ⁽³⁶⁾, als vielmehr in der Notwendigkeit, einen Souveränitätsbegriff hinter sich zu lassen, aus dem sich sowohl das Repräsentationskonzept wie die Idee der unmittelbaren Artikulation des Volkes ableiten, um somit in gewisser Weise auch die Begriffe der direkten bzw. repräsentativen Demokratie in ihrem üblichen Verständnis zu überwinden. Der Souveränitätsbegriff erscheint heute allgemein fraglich, aber kaum einer ist vermutlich bereit, die logischen Grundlagen zu überdenken, auf denen allein die moderne Souveränität hat entstehen können: nämlich die Begriffe "Individuum", "Gleichheit" und "Freiheit" — selbstverständlich in der spezifischen Bedeutung, die sie zu Beginn der Neuzeit angenommen und in der Verfassungsgeschichte geltend gemacht haben.

In den modernen Verfassungen spielt der Begriff des Volkes, ebenso wie jener der Repräsentation, noch heute eine Rolle bei der Legitimation der politischen Verpflichtung. Dieser Umstand hat nicht nur eine ideelle Bedeutung, sondern schlägt sich auch in der realen Organisation des Staates nieder. Die sogenannte demokratische Legitimität bedingt nämlich, wie die Verfassungsrechtler sagen, die Einheit, d.h. Leugnung einer inneren Gliederung des

⁽³⁶⁾ Obwohl das Instrument des Referendums im Gegensatz zu dem Prinzip steht, welches dem repräsentativen Körper zugrunde liegt, ist es offenbar nicht ganz frei von Elementen der repräsentativen Logik. Wenn nämlich die Rede davon ist, dass sich das Volk im Referendum ausdrückt, dann ist damit keineswegs die unmittelbare Existenz des Volkes als kollektives Subjekt gemeint. Wer abstimmt, das sind die einzelnen Bürger, und manchmal nicht einmal viele; wenn sie ihre Einzelwillen äußern würden, gäbe es überhaupt keinen einheitlichen Willensausdruck: Damit es dazu kommen kann, ist jemand (nicht das Volk) notwendig, der eine Frage stellt, die es gestattet, die Antworten so zu formieren, dass sich eine mehrheitliche Antwort ergibt: diese ist der Wille des kollektiven Subjekts. Auch hier also ist das Volk das Resultat eines Prozesses, der ohne die Formulierung der Frage nicht denkbar wäre; erinnert sei an die Schmitt'sche Aussage "Volk kann antworten, aber nicht fragen" (zur Wertung des Denkens von Schmitt in Bezug auf das Verständnis des modernen Repräsentationsbegriff, vgl. Kap. III und IV in G. DUSO, *La rappresentanza: un problema* cit., pp. 83-138). Zu den repräsentativen Aspekten von Plebiszit und Referendum vgl. H. DREIER, *Il principio di democrazia della costituzione tedesca*, in *Democrazia, diritti, costituzione*, hrsg. von G. Gozzi, Il Mulino, Bologna 1997, p. 28 (darin der Verweis auf H. HOFMANN-H. DREIER, *Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz*, in H. P. SCHNEIDER-W. ZEH (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, de Gruyter, Berlin - New York 1989 § 5, nr. 17, pp. 172-173).

Volkes in Bezug auf seine politische Artikulation, die repräsentative Ausübung der Herrschaft und die Legitimierung der repräsentativen Körperschaft mittels Wahlen, bei denen alle in gleicher und undifferenzierter Form jene wählen, die stellvertretend für alle den Willen der Nation zum Ausdruck bringen. Diese Auffassung von demokratischer Legitimität ist nicht in der Lage, aktuelle historische Phänomene wie z.B. regionale Autonomieforderungen oder die europäische Einigung angemessen zu erfassen und zu begreifen. ⁽³⁷⁾

Die hier vorgetragenen Überlegungen zielen natürlich nicht auf Handlungsempfehlungen ab: Politische und verfassungsrechtliche Vorschläge sind nicht das Ergebnis strenger Vernunft oder "richtiger" Modelle. Ein Ableitungszusammenhang zwischen Theorie und Praxis ist erst mit der modernen Staatslehre entstanden und besitzt keinen notwendigen oder universellen Charakter. Möglich wurde er — so denke ich — durch die Ausblendung der Frage der Gerechtigkeit und durch die Herstellung eines rein formellen, logischen Zusammenhangs zwischen dem neuen Freiheitsbegriff und dem Souveränitätsprinzip. Mit Vorschlägen begibt man sich auf die gefahrenreiche Ebene der Praxis, was Klugheit und Gespür für den historischen Augenblick und Handlungszusammenhang erfordert. Dennoch können die hier angestellten Überlegungen für die Gegenwart von Bedeutung sein. Wir haben gesehen: Gerade die beiden Begriffe, welche die Nähe des Bürgers zur Herrschaft begründen und seine Teilnahme am politischen Leben verwirklichen sollen, nämlich die Begriffe der Volksherrschaft und der Repräsentation, die der formalen Auffassung von repräsentativer Demokratie zugrunde liegen, weisen gedankliche Aporien auf und bewirken paradoxerweise zugleich eine Entfernung des Bürgers vom politischen Leben. Wenn dem so ist, dann sollte man möglicherweise nicht die immer direktere Beteiligung des Volkes verlangen und sich ebenso wenig die weltweite Verbreitung des als universeller Wert verstandenen westlichen Modells der liberalen

⁽³⁷⁾ Man denke an die Arbeiten von Dieter Grimm und seine Überlegungen zu einer Verfassung für Europa, und auch an H. HOFMANN, *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung*, in *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, hrsg. von H. Dreier, Moho, Tübingen 2000, bs. S. 204-205.

Demokratie zum Ziel setzen. Vielleicht sollte man vielmehr eben dieses Modell kritisch überdenken und sich bemühen, sowohl auf ideell-gedanklicher wie auf konkret-verfassungsrechtlicher Ebene Wege zu finden, um neuartige Bedürfnisse anzuerkennen, die sich zwar in der Forderung nach *Demokratisierung* äußern, aber schwerlich in der dargestellten Begrifflichkeit und den entsprechenden Verfassungsregeln zum Ausdruck gelangen können.

Wenn demokratische Politik ein gemeinsames politisches Leben der Menschen statt nur den Schutz ihrer Privatsphäre anstrebt, wenn sie konkrete Formen der politischen Teilhabe schaffen, Unterschiede zwischen den Menschen anerkennen und ernst nehmen will, wenn sie einen echten *Pluralismus* der politischen Subjekte, eine wirkliche politische Präsenz der Minderheiten schaffen möchte — jenseits jenes Spiels von Mehrheit und Minderheit, das, wie schon bei Hobbes klar wird, im Grunde auf einer Einschränkung und Homogenisierung durch die politische Einheit basiert — wenn eine solche Politik schließlich bestrebt wäre, sich wieder dem Problem der Gerechtigkeit zu stellen, und nicht nur auf der nationalstaatlichen, sondern auch auf der heute unabdingbaren weltweiten Ebene, dann ist zu vermuten, dass sich die Grundbegriffe, die bei der Geburt der modernen repräsentativen Demokratie Pate gestanden haben, als unzureichend erweisen und dass sich unserem Denken neue Aufgaben stellen.

BARTOLOMÉ CLAVERO

FREEDOM'S LAW AND OECONOMICAL STATUS:
THE EUROAMERICAN CONSTITUTIONAL MOMENT
IN THE 18TH CENTURY

(A Presentation to the European University Institute) (*)

As all the members of society are naturally equal, it may be asked, in whose hands are the reins of government to be entrusted? To this the general answer is easy.

William Blackstone, 1765.

1. Constitution in time. — 2. Experiment in method. — 3. Individuals and persons. — 4. Liberties and *status*. — 5. States or nations. — 6. Law of nature. — 7. Visit to Virginia, U.S. — 8. American natural *oeconomy*. — 9. Linguistic return. — 10. Text in context. — 11. Way to Europe. — I. Sources. — II. References: II.1. Early Euroamerican constitutionalism; II.2. Freedom, discrimination, subjection; II.3. The severance of textualism; II.4. For further checks. — III. *Appendix*: European process and projects.

Here we are to share ideas about our constitutional past, about, on the one hand, such a seemingly good thing as *freedom's law*, the legal system self-founded on human liberty, and on the other but maybe related hand, such an imaginably ugly thing as *oeconomical status*, “oeconomical” with the old spelling, with the “oe” and not

(*) Seminar in the Department of History and Civilisation of the European University Institute, Fiesole, Toscana, Italy, European Union, 28 February 2002. It was a teaching trial for a chair in European History. I enjoyed generous support, namely the linguistic advice from Moira Bryson, the pragmatic counsel from Luis Rodríguez-Piñero and other gifted and learned nephews and nieces, the Florentine hospitality from Paolo Grossi and his close disciples, and last, but never least, the loving solicitude from Mercedes Rodríguez-Piñero. For the seminar, I delivered a set of texts and a brief of sources and references beforehand, and, through power-point, to help the attendants and myself, I exhibited my presentation's outlines without conclusions, which I reserved for the colloquium. Now, I spare the manual and visual support, and add an appendix about the chair affair. Comments will be welcome: clavero@us.es.

only “e” at the head. The addition of a single round vowel, “o”, makes a lot of difference. But let me not anticipate anything. Let us begin at the beginning.

1. *Constitution in time.*

Let me start with a brief quotation: “All men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”. This sentence is not taken from the Universal Declaration of Human Rights, from the European Charter of Fundamental Rights or from any Declaration of Rights of any State Constitution in force today. Actually, the phrase belongs to the first written manifestation of freedom’s law, of an institutional system founded, not on social tradition, but on human liberty: “All men are by nature equally free and independent”. It is the first statement of the first Declaration of Rights of the first written Constitution so complete in human history, the 1776 Constitution of Virginia, which was adopted only a few days before the declaration of independence of the United States of America from the British Monarchy.

Origins can always be traced back as early as we historians please. But the starting point, a real beginning, may be located in a specific moment in time. Where is the difference? Provided that we are talking about human history, consciousness may make this difference. We historians must not assume the existence of freedom’s law where there was no awareness of it. When something new becomes conscious in history, then there we may have the starting point, the beginning chapter, for historiography. Consciousness is a differential human factor and therefore of human history. Writing is one of the signs of consciousness, one among others of course. Written Constitutions are good signs of conscious constitutionalism.

Regarding European history, you may try to find the origins of freedom’s law back deep in the middle ages or even in ancient times. Indeed, this kind of reading of constitutional history, the history of freedom’s law since old times, is often found in both historical and legal literature specially in the Anglo-Saxon milieu. However, a true and decisive starting point is nearer to us. The moment of consciousness is much closer, as close as the mid 18th century, even for England or for the British Monarchy.

The significant perception of a British Constitution as a legal fundamental device, a Constitution never written as a normative document, dates back only to the second half of the 18th century, just after Montesquieu's *Esprit des Loïs* offered in 1748 a chapter *De la Constitution de l'Angleterre*. Other authors followed, dealing with this unwritten Constitution, such as De Lolme, whose *Constitution de l'Angleterre* was published in 1771. In between, from 1765 to 1769, Blackstone printed in four volumes his lectures or *Commentaries on the Laws of England*, whose first phrase was this dedication: "To the Queen's Most Excellent Majesty the following view of the Laws and Constitution of England...". Blackstone's treatise was in fact the main work *on the Constitution of England*, a unique Constitution, and even a "happy" one for these authors, as we shall see, before the constitutional independence of the United States.

The first conscious normative constitutional texts belongs to an immediately posterior date, to 1776, the year of the first proper American Constitutions such as the *Constitution of Virginia*, the earliest of all. It was not a title, a heading or a phrasing in a book, but the fundamental and superior norm of a State, Virginia. The Declaration of Rights of the 1776 Virginia Constitution represents the head of a long chain to appear in America, Europe and elsewhere: "All men are by nature equally free...".

2. *Experiment in method.*

Today, when we European citizens read or hear expressions of freedom's law from respective State Constitutions or from the European Charter of Fundamental Rights, a charter drafted in the year 2000, on the threshold of the 21st century, we take their requirements of human liberty very seriously. However, if we find signs of freedom's law in texts dating as far back in the modern age as the 18th century, we do not take them as seriously. We do not read them in literal terms. We tend to assume that they do not mean what they actually say or what we presently understand. We, as historians, presume to know better.

We historians do know or at least suspect that a system of freedom's law could hardly be established more than two centuries ago by a constitutional text, a normative document, or by any other

form. We historians know, for instance, that there in Virginia slavery existed. People like those who drafted the Virginia Constitution in 1776 owned slaves and they did not even conceive that this was in direct and immediate contradiction with constitutional principles of human freedom and equality.

How can we historians take into serious account an obvious falsehood such as the 1776 Virginian proclamation of constitutional liberty? Historians, even historians of politics, historians of political thought and practice, do not have much regard for constitutional history, a history that begins with such pretensions. Maybe they are right. Or maybe they are not. We historians are supposed to check. It is our job.

The text is there and it says what it says: “All men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights”. Of course, historians know such a famous constitutional text, but they also know the social context. It is historians’ business. In historians’ perspective, legal documents may say many things, all they want, but, in historians’ understanding, law neither reflects nor rules reality everywhere and in all cases. If you historians find both freedom’s law in texts and slavery’s law in fact, it is not freedom, but slavery, that you historians see. In the same way, to give another example, if you historians find freedom’s law in texts for men and subjection’s law in fact for women, it is not equality, but inequality, that you historians may see.

This is not however my perspective. If the constitutional texts are there and they clearly speak of freedom’s law, we must take them into very serious account. We historians must always take texts seriously. In my view, the point is not if the social reality that historians presume to know today, or if the law of the past reflecting it, contradicts the historical document, but rather what this document truly meant. The first point is whether the constitutional text really entailed what we tend to understand nowadays. The meaning of a historical text must never be taken for granted by us historians. We must always check knowledge. As Marc Bloch used to say, to make it worse for historians, words do not change when things do. Placing himself between *Ancien Régime* and *Révolution*, Alexis de Tocqueville had made a similar observation.

Are we sure that an apparently plain phrase such as “all men are

by nature equally free and independent” meant in the 18th century the same as nowadays? If it did, and if the only thing I wanted to question today is the meaning of those words, our seminar would be over right now. But let me proceed, please. Let me conduct my experiment in method. We must question every word because the English constitutional language of the 18th century may be not exactly the same language as today.

It is plain English, of course. It was plain English then. The drafters of the Constitution did not feel the need to explain words such as “men”, “nature”, “equally”, “free” or “independent”. But maybe we are in need of the explanation. For us, maybe, those words are not conclusively so plain. Did “men”, did “all”, did “equal”, signify equality of and for everybody? The crux of the matter is the historical meaning of the very documents, the constitutional texts, as a way of access to, and not of deviation from, social reality. Maybe law always matters. Constitution does. The question is what constitutional language means in each time and place, in 1776 Virginia for our case.

That is, in a few words, my persuasion, concern and commitment. Today, I do not want to play the academic historian, but the historical character. What I would really wish to be is a Virginian constitutionalist citizen in 1776. What I want to do is to read the constitutional text not through the lenses of historiographical convention, but with the eyes of historical meaning. What was the actual understanding of the constitutional document such a time ago? How can we understand what was understood?

I define my approach. Constitutional documents, as legally normative texts, are a particular kind of historical source. They belong primarily to the legal sphere rather than being mere pieces of political or theoretical discourses, as they are often taken to be. The specifically legal context of constitutional texts tends to be disregarded in conventional historiographical accounts, even among experts in constitutional history. This bias is commonplace, specially in European continental historiography. The best constitutional historians, even those with a sound legal and not only historiographical training, do not root constitutionalism in the immediate historical context of the law nor in the whole body of it, and not only in the political branches. If there are exceptions, we find them precisely in

U.S. constitutional historiography, as I register in the bibliographical references of the paper.

In working terms, in order to understand Constitutions, we must pay attention to law, to specific legal culture. We must turn precisely to documents and literature with legal authority in theory and in practice, to jurisprudence in the broadest sense. To understand constitutional texts, we must pay close attention to other legal texts. These congener texts form the first and principal context of constitutional texts.

Our task today is to try to understand the first point of the first statement of the first proper constitutional text with the help of its immediate legal textual context. What was the meaning of *man* as subject of freedom and equality? Who were *all men*, the subjects entitled to constitutional rights?

The objective of my presentation is to understand a basic constitutional word, *man*, as it appears in the 1776 Virginia Constitution. Who was *man*, the constitutional subject of the *rights of man* that we find in this first proper constitutional text, of rights such as “the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”? So the first section of the 1776 Virginian Declaration of Rights identified “inherent rights” of *all men*.

In order to address the question and obtain an answer, we shall resort to two fundamental, although not Virginian but European, legal texts. In spite of the geographical distance, they belong to the closest circles around the first American constitutionalism. They were the *common law*, as British law, and the *law of nations*, as a higher legal level at that time. *Law of nations*, then considered as *law of nature* too, was somehow the precedent of what has been called, since the 19th century, international law. Concretely, we are resorting to two texts as contexts.

The first text is already mentioned, William Blackstone’s *Commentaries on the Laws of England*. This work was then the most authorised treatise on *common law*. The second one is its counterpart, as authority, in the field of the *law of nations*: Emer de Vattel’s *Droit des Gens*, published in 1758. Both belong to the decisive period between Montesquieu’s *Esprit des Lois* and De Lolme’s

Constitution de l'Angleterre. This is our Euroamerican constitutional moment of the 18th century. Let us face it.

Let us move to the 18th century texts themselves and read in their first printings Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1765, the first book) and Vattel's *Droit des Gens* (1758). The use of early editions is important for us because we are concerned with 18th century language and meaning and so with every 18th century trace and sign, such as the old spelling. Even the size of the letters, the blanks on the pages or the italics for some words, and not for others, will matter.

3. *Individuals and persons.*

Let us focus on legal texts, on these historical sources through which we hope to arrive at historical meaning and therefore social reality, whatever that may be. Let us begin with Blackstone's *Commentaries*, in which we find a virtually complete presentation of the *common law*, that is, for our purposes, the British Law in force in British America, both before and after independence.

We are turning to Blackstone's work with a clear purpose in mind. It was the main legal text forming the historical context of the first constitutional text. Now, we turn to it not to deal with every principal issue of constitutionalism or freedom's law, such as those of identification and guaranties of liberties, the declaration of concrete rights, or the conception and establishment of powers, the frame of government. Today, we are only concerned with a basic question previous to all. The question is *who* and not any other *what*. Who is the subject of fundamental liberty and equality? Who is entitled to freedom's law? Who may constitute powers? Whose liberties benefit from them? *Who* is "man", *who* are "all men", to whom the first Virginia Constitution refers as equal in rights? What is, *what* was, *man*? This is our only *what* question for Blackstone.

First of all, it should be noticed that the word "man" is not particularly relevant in Blackstone's work. As we can observe in the index, the title of the first part or first book of Blackstone's *Commentaries* is "Of the Rights of Persons" and the heading of the first chapter of this first book is "Of the absolute Rights of Individuals". *Person* and *individual* are the main words to name the

subject of *rights*. As *man* is not, we have two for the price of one. Of the two, the latter, the “individual”, seems the principal on the first reading. In the headings, “rights of people” appears unqualified, while “rights of individuals” is qualified with a lofty and superlative adjective: “absolute”.

To qualify individual’s rights as “absolute” may have a relevant meaning. It may imply a position prior to the law and above it, a real premise to the legal system. We read in this chapter: “The first and primary end of human laws is to maintain and regulate these *absolute* rights of individuals”, while the “social and *relative* (rights) result from, and are posterior to, the formation of states”, that is, posterior to political powers and legal systems. “Absolute” rights, the “rights of individuals”, seem clearly superior to “relative” rights, the “rights of the persons”. Thus, in the first place, it should be emphasised that they, “person” and “individual”, are different things, just as “rights of individuals” and “rights of persons” are not the same at all. Between “person” and “individual”, which one, if either of them, is “man”, this subject of the *rights of man*, of the constitutional rights belonging to *all men*?

Between “person” and “individual”, the main category turns out to be in fact the former. Even if, according to Blackstone, the “individual” is the subject of “absolute” or superior rights, the first category to appear in his index, however, is the “person”, not the “individual”. “Person” is the subject of an entire book, while “individual” is only the subject of one of its chapters, albeit the first. So, as subjects of rights, the former, the “person”, is a more general and comprehensive category than the latter, the “individual”.

Definitively, in spite of the discrimination between “absolute” and “relative” rights, “person”, and not “individual”, is the primary legal concept. Indeed, as you can even observe in the size of the letters both in index and in text, “person” is larger than “individual”. If we are observant of such details, the first glance of the text is more telling than its first reading. “Person” stands as a more robust legal concept. It is the paramount word. What is then *person*? How did *person* bear upon *individual*?

“Person”, *persona* in Latin, was a widely recognised term, much more so than “individual”. It was a very familiar concept for the lawyer of that time as the reading of Blackstone’s text itself shows.

He did not feel the need to explain it. He took the meaning for granted. Lawyers knew the concept and attributes of “person”, that is, “the rights of persons”, quite well. As you can see, the section under this heading of the book is void. It has no content but the following chapters. It has no text of its own. Under the heading “Of the Rights of Persons”, what we find is a blank space. In the heading, there is no need to qualify the “rights of persons”. All this was well known through the study of Roman law and its medieval jurisprudence that was previous to the study of the *common law* or *law of the land*, even in Oxford, where Blackstone taught.

You may wonder whether the blank space under the books’ headings occurs throughout the rest. You do well to wonder. In Blackstone’s *Commentaries*, no book explains its own heading. The second is about “things”; the third and the fourth are about “wrongs”. You can assume that the reader knew what both “things” and “wrongs” were. That is precisely the point. The same assumption worked then for “persons” as different to “individuals”. We present day historians do not share this understanding. So first of all, we are in need of an explanation of the meaning of the word “person”.

At that time, on the contrary, *individual* was the concept that needed clarifying. Today, it may be otherwise. Historians tend to assume “individual” every time they read “person” in past documents. They seem unable to conceive that there was a time without any legal idea of the human individual or even without the plain word and that so both notion and term might be a novelty. So, they may systematically misunderstand political texts referring to legal subjects. As we shall see, it also happens with “state”.

In those times, if “person” did not signify “individual”, what did it mean? How could we know? We are not 18th century legal British or Virginian practitioners. I wish we were. If so, we would be in a position to read Blackstone properly, which implies understanding the *common law* of that time. We must do our best to reach the somehow impossible aim of thinking like an 18th century Anglo-American lawyer. What was the meaning of “person”? We must read between the lines of Blackstone’s work to find the not so hidden answer. Then, to define *individual*, the term of reference was *person*.

Let us read on. I quote some references to “persons” in the chapter of “individuals”: “The rights of persons (...) are of two sorts; such as are due from every citizen, which are usually called civil *duties*; and secondly, such as belong to him, which is the more popular acceptance of *rights*”. The first meaning, the more technical, less “popular” one, does not make sense for us today: rights were duties. But it had to make sense for its time, not for ours.

We continue reading. I quote again: “The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons; relative, which are incident to them as members of society”. Notice that “relative”, the adjective for the “rights of persons”, does not convey exactly the meaning of secondary position, but that of defining relation among different kinds of persons.

“Person” is not definitively equal to “individual”, “single person” or “man” (here we have it, *ecce homo*, the 1776 Virginian man). “Person” means something more objective or social than subjective or individual. It refers to “capacities” in society, to people’s roles “as members of society”, and not, conclusively, as individuals.

Let us move to the beginning of the second chapter, “Of the Parliament”, the first about “rights of persons”: “We (Blackstone and us, present readers) are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other. These relations are either public or private; and we will first consider those that are public. The most universal public relation, by which men are connected together, is that of government, namely, as governors and governed, or, in other words, as magistrates and people”. Here we have again *men* as supporters and players of *persons* and not only as candidates to *individuals*.

In short, as regards the main category, “person” meant the role of each “member of society”, be it “public” or “private”. “Persons” were the social roles, political or non-political, assumed and regulated by the law. “Rights of persons” were, in their turn, the “capacities” of each social role, the established legal capacities corresponding to positions of political powers as well as those of “people”. So, there were legal “persons” or social roles both “public” and “private”. On the one hand, there were “public persons”,

the political and judicial actors (check the index: Parliament, Monarchy, Magistrates, Clergy, Civil State, Military State, and so on); on the other hand, there were “private persons”, the non-individual “particular men”. Public positions, the political powers, were “persons” as much as private positions. The “person” of the “individual” was somewhere in between, both in the “public” domain as subject of “absolute rights” and in the “private” sphere as head of family. We shall see.

“Person” as a social and legal role, not “person” as “individual” human being, was a long-standing and deep-rooted concept. Indeed, it came from ancient Roman texts through the construction of medieval Christian jurisprudence, be it protestant or catholic in early modern times. Lawyers and clerks were well acquainted. The term “person” did not really need any specific explanation, while, on the contrary, “individual” in the sense of “man” was the new concept that badly needed the clarifying.

In the legal domain, the term “individual” was less than a century old. If you go back to a crucial moment in English history such as the mid 17th century and you read Hobbes’ *Leviathan*, you will appreciate the effort he made to speak about man, the single “man”, even though using the word “person” as the word “individual” did not yet exist. Hobbes made the first relevant attempt to change the legal meaning of “person” from man’s capacity to the human being himself. But, as Blackstone’s *Commentaries* show, his attempt had still not been successful a century later. In the 17th as in the 18th century, “person” did not mean, in legal terms, people, not the individual, as today. It meant a social fact, the socially established role and capacity.

Then, “individual”, “man”, was a new kind of “person” among old sorts of “persons”, the subject entitled to fundamental liberty in a broader scenario of rights and duties of common people and established powers. “Individual” was indeed a new word for a new concept, a new concept for a new subject, a new subject for a new reality: freedom’s law. As it came to establish itself in the old world of legal states, we can now understand the apparent paradox of the double standing of *man*: entitled to “absolute rights” and placed as a *person* among “persons”, the social roles.

4. *Liberties and status.*

Imagine that we, all of us, women too, are 18th century Virginian *men* under the British *common law* even after the American independence. If we were lucky enough to become “individual”, we would be entitled to freedom. That is, as Blackstone explains, entitled to “absolute rights” such as “personal liberty”, the free disposal of yourself, “personal security”, the safety of your physical integrity, or also “private property”, the free use and enjoyment of your belongings and acquisitions. The next individual’s right was the access to justice, “that of applying to the courts for redress of injuries”, for the guarantee of our personal liberties in the first place. Law was compelled to pay this judiciary service to us, “individuals”, and not to the rest, not to other “persons”. That was the importance of being “man” and “individual” in Great Britain as much as in British North America. British *rights of individual* were American *rights of man*.

In Euroamerica, in European America as much as in Europe, “persons” who were not “individuals” also had rights called “liberties”, but of another kind. That is to say, only the “relative” ones that were submitted to the determination of law on behalf of given “persons” as social roles. As such, as social roles, rights were indeed duties. “Liberty” or *libertas*, “liberties” or *libertates*, were old words meaning not freedom’s law, but human capacities according to *persons* or social and legal roles.

“Individual” and “person” held “liberties” and were “subjects” in a diverse sense, new the former and old the latter. Non-individual “person” was *subject* in the ancient meaning of *subiectus*, that is, dependent upon law that assumed social positions. As for “individual”, to be subject meant just the opposite, not the subjection to law, but the entitlement to liberties. Law was at the service of *individuals*, while *persons* were at the service of the law.

The “liberties” or “rights” of *persons* in the plural, not the freedom or liberties of *individual* in the singular, involved obligations to fulfil. Such a difference was implied by the discrimination between “absolute” and “relative” rights, the former of “individuals”, the latter of the remaining “persons”, a huge majority in fact. Law and justice were at the service of a minority, the “individuals”,

and not of a majority, the non-individual “persons”. These latter were at the service of law, at the service, first of all, of their own *persons*, that is, their social roles.

In accordance with his attempt to change the legal acceptance of “person”, Hobbes also conceived a new sense for the word “right”, so that it could signify unequivocally the freedom and liberties of “man”. Between the 17th and 18th centuries, “right” took on definitively the subjective meaning of liberty, but not, exclusively, of fundamental freedom.

Historically there is not much in common between *freedom’s* law and *persons’* liberties, although the historiography of political thought, even on textualist and contextualist approaches, do not usually appreciate the difference. Let me insist. Historians do not usually look at the specific historical legal text and context. So, I feel obliged to emphasise the direct clarifying of these main points by Blackstone’s *Commentaries*. Today, I would like to be Blackstone and not his present day reader.

“Person”, not “individual”, meant the social and political role. How were non-individual persons determined in their concrete roles, and thus in their “rights”? I, Blackstone, know. The answer also is not so hidden between my lines. Here it is. The existing social and political conditions, the so-called *status* or states, both “public” and “private”, determine the “persons”. We readers can learn this from Blackstone’s work.

Please look at the headings of chapters 11 to 13 still in the first book: “Of the Clergy”, “Of the Civil State”, “Of the Military and Maritime State”, that is, clergy’s, nobility’s, citizens’ and military *status*. This first book is indiscriminately about *persons* and about *status*: the parliamentarian’s, the king’s, the magistrates’, the clergy’ *status*, and so on, and also the husband’s, the wife’s, the master’s, the servant’s, etcetera. *Status* meant the political and social causes and conditions of the diverse “capacities” or rights of social roles, the “persons”, either “public” or “private”. All was *person*, social role. Everything but the “individual” was *status*, social position assumed and formalized by the law. *Status* was not an analytic sociological tool, but a constitutive social device.

The book index makes sense. It does so for Blackstone and it must do so for readers, past and present. There was no right or

position outside the framework of *person* and *status* but “individual”. Notice that the index did not reflect the trinity of constitutional powers, the legislative, executive and judiciary (something that, precisely since the independence of the United States or from a little before, from the Virginia Constitution, we have considered a basic tenet of constitutional systems). Blackstone shows knowledge of the formula, but he did not adopt it. He was a good reader of Montesquieu’s *Esprit des Loïs*, where the *Constitution de l’Angleterre* was defined by this trinity of powers, although not yet exactly in its definitive form. But there is no such thing in Blackstone’s index. It did not exist in the practice of *common law*. It was only to be found in the theory of a few authors before the independence of Virginia and the United States. “Happily for us”, Blackstone explained, “the British constitution has long remained” with no need of novel experiments such as the trinity or any diversity of powers. But here we know that we are not dealing with this matter of powers, just with the question concerning whom as regards rights.

The explanation is to be found in the second introductory section of a series of four. After them (the first “Of the Study of the Law”; the second “Of the Nature of Laws in general”; the third “Of the Laws of England”, and the fourth “Of the Countries subject to the Laws of England”), the first book, the one concerning *persons*, was a treatise about *public* and *private* states, about political, ecclesiastical, civil and military *status*, on the one hand, and on the other hand, about domestic or family *status*, then called *oeconomical* also, like *person*, in the ancient sense. *Oeconomy*, *nomos* of the *oikos*, meant the rule and government of the household, *nomos* or rule being the main root. The Greek researchers here know this for sure. Tony Molho nods in agreement.

We are moving now to the first paragraph of the 14th chapter, “Of Master and Servant”, still in the first book, “Of the Rights of Persons”. It is the first chapter about “private”, non-public or *oeconomical* matters. It begins as follows: “Having thus commented on the rights and duties of persons, as standing in the *public* relations of magistrates and people, the method I (Blackstone) have marked out now leads me to consider their rights and duties in *private* *oeconomical* relations”. Observe that Blackstone used italics in “private” and not in “oeconomical”. *Oeconomy* was a well-known

concept with no need of explanation. “Private” versus “public”, *public* in the sense of political and *private* as non-political, was, however, a novelty. Notice that the “private” matter, as it starts with the chapter “Of Master and Servant”, is not exactly what we would suppose today. *Master and servant law* was then the only labour law: “whereby a man is directed to call in the assistance of others”, in Blackstone’s words.

“Private” *status* was a matter of social power as much as “public” *status*. *Oeconomy* was concerned with rule and government too, about the specific powers of the head of family to govern the household. In Blackstone’s index, you do not find any separation between “public” and “private” matters. All the chapters follow the same sequence under the general headline “Of the Rights of Persons”. So, arriving at the “private” matter, you find the testimony of social roles and powers not only in chapter 14, “Of Master and Servant”, but also in the following 15, “Of Husband and Wife”, 16, “Of Parent and Child”, and 17, “Of Guardian and Ward”.

The “private” or “oeconomical” section of “the rights of persons” is where Blackstone places hiring owner and hired worker, employer and employee, the latter then deemed *servant* under the power of *master*. Here you find also husband and woman, man and wife, the latter then called *feme-covert*, because she lost, according to *common law*, her “person”, her “capacity”, on behalf of her husband, her *baron* in the sense of *lord*, as Blackstone specifies. In chapter 12, “Of the Civil State”, he deals with lordship as a noble *status*. Let us appreciate how he closes “Of Husband and Wife”: “The disabilities, which the wife lies under, are for the most part intended for her protection and benefit. So great a favourite is the female sex of the laws of England”.

Most people were in fact in family *status*, under domestic or *oeconomical* positions, which were the most degrading. In contrast with the woman, the worker keeps his “person”, but always as *servant*, under the authority and power of the employer, the *master*. Here, in the *oeconomical* part, is also where Blackstone discusses slavery. He states that it is not admitted anymore in England, just in England, but he adds that the freed slave maintains a subordinate *oeconomical* relationship to the former owner as current employer, that is, the state of *servant*, the only labour relation conceivable at

that time. In successive editions of his *Commentaries*, Blackstone stressed the domestic or family *status* of servitude for former slaves.

In this theatre of characters named “persons”, which is really the “individual”, the subject entitled to “absolute” or fundamental freedoms such as personal liberty and security, private property and access to justice? At this point, it might be easy to find out. In this scenario, it could be taken for granted.

When you, 18th century *common* lawyer, speak of the “man” or “individual” as the subject of liberty, you do not think of every human being or even of every male. Indeed, first of all, the notion of woman does not occur to you. She is excluded or, rather, she is not included, which implies a most radical abstraction. Moreover, you do not have the worker, the *servant*, in mind. You think of the male entitled to fundamental rights. In short, if you are thinking as an early constitutionalist, *man* was the individual enjoying freedom in the public domain and power in the private sphere. *Ecce homo* indeed. This is our *man*, the constitutional subject of fundamental liberty.

Is my presentation over? I am afraid not. On arriving at an understanding of what *man* was, the *individual* among *persons*, problems arise. *Man* was the first notion to appear in the 1776 Virginian constitutional text, while this prior position corresponded to *person* and not to *individual* in *common law*. Constitutional *man* was not defined in relation to *persons* or to anything by the Constitution, while *individual* was qualified by *person* and therefore by *status* in the *common* legal field. Does all of this really fit? As we harvest ripe answers, bold questions crop up.

Can we really understand the qualification of *individual* by *person* in the word *man* of the first constitutional text? Could 18th century Virginian citizens do so? This is the point. Remember: “All men are by nature equally free and independent”. Could 18th century Virginian framers take that legal qualification of *man* for granted when producing, construing or complying with Constitutions? Did they not feel the need to register the exclusions or non-inclusions in the constitutional text in order, at least, to prevent and avoid misunderstandings, contradictions or contentions? Why did they not make reference to *status*, to this basic key for the adjudication of constitutional liberties or “absolute” rights? How

could they not do so? Were they not taking a risk when they failed to register *oeconomical status* in the constitutional text itself?

5. *States or nations.*

Blackstone does not offer an answer to these kinds of question. For a better understanding, we must look elsewhere. As already known, we have another legal text that is a constitutional context, Vattel's *Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* or, in the immediate English translation, *Law of Nations or Principles of the Law of Nature*. *Law of nations* was then considered *law of nature* too. Mark the words. In the 18th century, *droit des gens*, the French translation of an ancient Latin expression, *ius gentium*, was called *law of nations* in English. For our constitutional purposes, we must also examine this text as context.

Blackstone's *Commentaries* were not enough. In Virginian as in U.S. law, there were two principal lines of departure from Blackstone. First, the matter of constitutional powers, the trinity of the legislative, executive and judiciary; second, the core issue of the constituent law, that is, the colonies' power to form states and to determine both their political and legal systems. For constitutional matters not covered by Blackstone, the American constituents turned to the *law of nations* as *law of nature*. This was the law that ruled the colonists' rights to their own law, including slavery and also relations with the pre-existing people in America, the indigenous peoples.

Law of nations, not only *common law*, provided foundations for an American constitutionalism. For the same legal, not only political, issues of constitutional importance, *common law* was not sufficient. This is why we need to turn to the *law of nations* as much as the American framers. Here we arrive at our second round, the second circle. In the Euroamerican constitutional moment of the 18th century, to talk about *law of nations* was to talk, first of all, of Vattel's *Droit des Gens*, the next European legal text from one of the legal contexts for the American constitutional texts.

Let us read. Here we have what is missing in Blackstone in order to understand the legal fundamentals and presumptions of the first Euroamerican constitutionalism. Here we find as a starting point, as

a *preliminaire*, presiding over the whole text, the concepts of state and nation, or rather the concept in the singular of both of them, and, as an important addition also announced by the index, the very notion of Constitution itself. According to this *droit des gens*, nations and states share the same meaning, “corps politiques”, “sociétés d’hommes unis ensemble pour procurer leur salut et leur avantage à force réunies”, that is, “body politics” constituted by men to defend themselves. This is the concept in the singular of state or nation.

Constitution, on its part, is defined as the proper ordainment or regulation to achieve the objective of the state or nation, to guarantee the mutual safety of men organised in the body politic. “Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l’Autorité Publique doit être exercée est ce qui forme la *Constitution de l’Etat*”, in italics as it is a new thing, a real novelty. The Constitution as regulation, as a tangible normative document, did not exist yet, but Vattel, after Montesquieu, figured it out precisely in the light of the British case. “Heureuse Constitution!”, “Happy Constitution!”, Vattel exclaimed referring to the British political and legal system.

State and nation, *status* and *natio*, both of them, were old words with different meanings. In the 18th century, they were alive even in Latin, a language still in use in the legal domain. *Status* and *nationes*, *states* and *nations*, usually signified other things. We already know the meaning of *status*. On the other hand, nation or *natio* had meant, since medieval times, the human cultural origin or community to which one belonged by sharing languages, customs, traditions, narratives, folklore and so on. Take a look at the fourth introductory section of Blackstone’s *Commentaries*, “Of the Countries subject to the Laws of England”, and you will find, for instance, the *Irish nation*.

A century before, when Hobbes wrote *Leviathan*, he borrowed this name from a biblical creature (the good one, the bad one being *Behemoth*) for want of a less anthropomorphic appellative to identify the state as the body politic supposed to defend men, and not things such as religion or dynasty. He was already aware of the availability of terms such as “Commonwealth or State, in Latin *Civitas*”, signifying *state* the *status* of the Monarchy and *commonwealth* the *respublica*, all political *status*, including clergy, nobility and citizenship. Because of the actual legal link with *person* or mere

social role for *political* as much as for *oeconomical* purposes, *status* was not a good choice either in the singular or in the plural. In fact, with words such as *state* or *nation*, Hobbes did not even try what he attempted with *person* or with *right*. How could Vattel do it successfully a century later? What was entailed by the application of two words loaded with other meanings, states and nations, to body politic?

In Vattel's *Droit des Gens*, it seems that old meanings no longer existed. As a *preliminary* concept, state or nation dominated. There, in this *law of nations*, the questions of *status* or *persona*, legal capacities and social roles, are not found for England or for elsewhere. Neither do we find any discussion about the diverse issue of *natio* or nation, of *nationes* or nations in the old sense of origin and community. The matters of legal *status* and cultural *nations* appeared unthinkable in Vattel's discourse. None of this existed for the *law of nations*. It was in fact *law of states* as bodies politic and, by legal presumption, nations too.

If nation or *natio* is now synonymous with state or *status*, only the body politic, what is then the place left for other *status* such as the domestic or *oeconomical* ones? If nation and state coincide, what room is there for *nations* in the cultural sense, the traditional and living sense? What was the place for the qualification of the group or "sociétés d'hommes" entitled to form each body politic, for the identification of the human constituencies of the states?

If states were conceived as the body constituted by *hommes*, by *men*, to defend themselves and the objective could be achieved through the means of written Constitutions, then, there was, although not specified, the idea of *constituency*, of human agency to do so. Therefore, they, *men*, *hommes*, had the collective right or held the group power to establish their state. How were *they* identified by the *law of nations* before constituting the respective body? Did this *droit des gens* consider cultural nations?

It was not the case. In the discourse of *law of nations*, there was no room at all for cultural nations, as there was none for social states, and not because they had disappeared or had to be abolished, but because they, social states and cultural nations, were excluded from this field. They were out of sight. *Nations* were ruled out by *law of nations*. That *droit des gens* considered true cultural nations and

existent social states completely meaningless and unimportant for the establishment of body politic. Matters of Constitution as norm were not notions such as *status* and *nationes*.

The *law of nations* covered states constituted to defend *men* in the sense we have learnt, the male proprietors and heads of families, women and workers' lords and masters. Vattel spoke of *hommes* as constituents of the body politic and he meant it. But he was not in need to recall who they were. This social and legal reality could be presumed and ignored. The culture of social *status* and *oeconomical* rule dominated.

Insofar as it was a long-standing and deep-rooted legal culture in Europe, Vattel could take this background for granted. *Droit des gens* did so. The *law of nations*, the constituent right of constituted states and of nothing else, could be strengthened by the intellectual abstraction of non-men and non-political nations. Your discourse became stronger if you spoke of *men* as constituent subjects assuming that they, male European proprietors and heads of family, were the natural representatives of their respective society and of the whole of humanity, both mankind and womankind. You did not need to specify it because your presumption constituted culture.

All men, the *hommes unis ensemble*, were constituent subjects in Vattel's *Droit des Gens*, as in the 1776 Virginia Constitution. One knew what it meant. Legal culture, European culture, made you read what was not in the text. You heard in the song what was not in the lyrics. Non-legal people, excluded or non-included persons, even slaves, could contend the meaning, of course, but there was no receptiveness in the legal world to understand the text otherwise. For legal people, the reading was obvious. In the legal field, contentions could not function easily.

Indeed, Vattel's *Droit des Gens* took the abstraction both of social *states* and of cultural *nations* for granted. That is how the *law of nations* really operated. *Men* were the constituent actors as much as *state* was the constituent *nation*. So, because *nation* and *state* converged exclusively as body politic by the action of *men*, there might not be any criterion to identify constituent groups as cultural realities of human communities. How then could constituencies of states be recognised?

For the *droit des gens*, constituencies existed. They were the

nations in their political sense. They are the states, the actual independent states and, eventually, newly independent states recognised by the existing ones. The idea of constituency is not specified because it also was simply identified with state or nation. In other words, according to the *law of nations*, only men belonging to a given political state, to an existent body politic, are entitled to constitute it and so to defend themselves. In other words again, only Europeans had this right. For Vattel, for the *law of nations*, for the also said *law of nature*, non-European peoples lacked any *inherent* right and so any *constituent* power. Law and nature, both European law and European nature, supported the principle.

6. *Law of nature.*

According to Vattel's work, as we can see by its very title, after the same tradition of the *ius gentium* or *droit des gens*, all that discourse was conceived and managed as *droit naturel* or *natural law*, that is, as a frame established by *nature* itself, not by men. So, it did not depend on human determination or social convention. That is an important point when you, 18th century citizens, are dealing with the lofty questions of rights of peoples and rights of men. As *natural law*, the *natural rights*, those of European male individuals and European peoples, were the background for the production and consumption of constitutionalism.

Without these contemporary cultural and normative elements, we historians could not understand those historical texts. In order to comprehend properly, we must look at contemporary historical contexts rather than at prior traditional pre-texts. The key is in semantics, and not in philology, in the science of meaning and not of stemming. We need to know what nation or state meant in the 18th century rather than their meaning before or after. Cultural nations and social states still existed. Nature embodied law, and so on. As this is not the usual approach taken by the history of political or legal thought, let me insist on some elementary evidence.

Status and *natio*, state and nation, were old words, but *nation* as state was, just like *individual*, a new concept for a new reality. *Natura* and *ius naturale* or *ius naturae* were equally ancient expressions, but *droit des gens* or *law of nations* were new constructs. Always pay

attention to words. *Droit des gens* was the literal translation of an old expression, *ius gentium*, but, as *law of nations*, was a young discourse. In the 18th century, French did not take the meaning of *nations* from the Latin *gens*, but from the English *nation* as *state*. *Law* was the translation of *droit* because its English equivalent, *right*, had taken on the meaning of *liberty* and *freedom*, of human liberty not only in accordance with *law*, but also irrespective of it. *Droit*, like *derecho*, *Recht*, *diritto*, *direito* and so on, entails both meanings, objective and subjective, *law* and *liberty*. The common medieval Latin root, *rectus* or *directus*, bore the former sense in a religious prior to legal way. *Libertas* was also an old word traditionally lacking constitutional meaning. Insofar as Latin was still a legal language, Hobbes tried also to make *ius* and *lex* mean respectively *right* and *law*, human liberty and legal system, but he was not really successful in his effort. In his search for new meanings, he succeeded better in English than in Latin.

Let us return to Blackstone. Notice how he explained in the first chapter of the first book the superiority of the individual's rights: "The principal aim of society is to protect individuals in the enjoyment of those absolute rights, which were vested in them by the immutable law of nature". He applies the idea both to the British *Constitution* and *individual*: "That constitution or frame of government, that system of laws, is alone calculated to maintain civil liberty, which leaves the subject entire master of his own conduct". He considers the principle as a matter of *natural law* for it "tends to man's real happiness". Add the quotation heading this paper: "As all the members of society are naturally equal...". Blackstone further explains these more general elements of the legal system in his second introductory section "Of the Nature of Laws in general", where he also assumes the political concept of state: "A state is a collective body, composed of a multitude of individuals, united for their safety and convenience, and intending to act together as one man". For Blackstone, this collective *man* is a kind of *person* among others. See how he considers that all incorporated *persons* are *bodies politic* in chapter 18, the last one of the first book, "Of Corporations".

Nevertheless, like the *hommes* or *men* of Vattel, the *men* or *individuals* of Blackstone constituted political states. They were

supposed to do so complying with *nature*. “The immutable law of nature” could rule over states and so over Constitutions. Remember also the distinction in Blackstone’s *Commentaries* between *public* and *private* law, political and non-political. It was another way, a more timid one, to exclude the latter from the former, the domestic space of women and workers from the constitutional universe of rights and powers. Therefore, at that time, *Constitution* was *public law* under *law of nature*, which could mean male right under proprietors’ rule. The constitutional key might lie in *private law*. Needless to say that *publicus* and *privatus* were old words not meaning *public* and *private* in previous times.

Both natural and private law work in the law of nations for the exclusion of indigenous people from the constitutional universe or, rather, for their non-inclusion. Let us come back to Vattel. In his *Droit des Gens* we also find *private* property producing discrimination against non-Europeans. He explains that the exploitation of the earth’s resources should be considered as a natural obligation or fundamental duty of humankind. “Obligation naturelle de cultiver la terre” is the note in the margin of the page, which will become a heading in later editions, announcing the discussion. He returns to it with another marginal note that will be also a heading: “S’il est permis d’occuper une partie d’un pays, dans lequel il ne se trouve que des peuples errants et en petit nombre”. So he develops the argument. To comply with *natural obligation*, Vattel explains that every human group ought to exploit their land by due means of private management. If not, Vattel continues, others hold the power to invade. Europeans in dire straits or who need to emigrate have the right to do so. This implies that non-Europeans cannot either oppose or regulate the Europeans’ arrival and settling. Furthermore, Europeans can even resort to genocide against reluctant non-European people. For Vattel, the constitutional example is British colonialism in America.

To establish what the law for Americans was, Vattel did not need either to travel to America or even to know about it. European presumption ruled. European culture was in command. To state the law for non-Europeans, Europeans did not need to be informed. Vattel could uphold that indigenous nations did not have any entitlement versus the British colonists because he could presume

that they were errant people and did not cultivate the land, as he also presumed that this was a just cause for the deprivation of rights, even political rights. Neither “public” nor “private” rights could be “inherent rights” for non-Europeans according to European *law of nations*. Property law, property culture, might beget European powers, Europeans’ rights, constitutionally.

Law of nature, that is European culture, was enough for Europe at home and everywhere else. It sufficed to determine, even over Constitutions, what European, Euroamerican and non-European rights and non-rights were. In Vattel’s *Droit des Gens*, after the independence of the United States and also after the French revolution, *droit naturel* or *loi naturelle* will be translated into *rights of man* or *droits de l’homme*, into these more constitutional expressions. However, the translation did not make any difference by itself. Already in the 18th century, *law of nature* could be *law of rights*, law of the *rights of man*, this sort of freedom’s law.

We can understand it today, thanks to legal texts that form the context of constitutional texts. By two legal texts, Blackstone’s *Commentaries* and Vattel’s *Droit des Gens*, belonging to two legal contexts, *common law* and *law of nations*, we get to know the meaning of the constitutional text. Of course there are further circles, including legal ones, as there are many texts for every circle, but these two are chosen for our experiment in method. My task is accomplished, is it not? I can see some sceptical smiles. Our chairperson, Raffaele Romanelli, seems to doubt. Is the floor open for the colloquium?

7. *Visit to Virginia, U.S.*

Is my turn over at last? Not yet, you are right. We still face problems. Rather, we have had one lurking from the beginning. I did not warn you for the sake of my own presentation. Now, I apologise and try to rectify. Here is the problem. How can we be sure that Vattel and Blackstone were actually the legal context of the constitutional text? To understand the 1776 Virginia Constitution, the first true Constitution ever, I said that our task should be to become 18th century American lawyers. Obviously Vattel and Blackstone

were not. They did not even set foot in America. How can we trust them?

We have attempted to read a text in its immediate context, a constitutional text in the social context of the legal culture with the testimony of only a couple of authors. How can we know that our selection for the experiment is right? Would it be the option of 18th century Virginian citizens? Did they read in their constitutional text what we understand now in the light of *common law* and the *law of nation* according to two, only two, European authors? Is our reading their reading, the Virginian reading? Were Blackstone's *Commentaries* and Vattel's *Droit des Gens* the immediate legal contexts of the earliest constitutional texts? Were *common law* and *law of nations* so important and decisive for the legal system under independent American Constitutions such as the first proper one of Virginia? To eliminate doubts, what if we travel there? What if we resort to actual Virginian citizens and lawyers bound precisely by the 1776 Constitution?

Thomas Jefferson, a Virginian constitutionalist citizen before becoming U.S. president, left some notes about the *Education for a Lawyer*. He thought that it was advisable to know a lot more than one single science in order to be a good lawyer. You were supposed to study things like mathematics, geography, anatomy, ethics, religion... and law too, of course. As legal items, according to Jefferson, we find first of all "*Natural Law: Vattel, Droit des Gens*" and, in the last place for *common law*, "Blackstone's *Commentaries* (Tucker's edition) as the best perfect digest" in Jefferson's literal words: *best perfect digest* was Blackstone's work in the edition by someone called Tucker. George Tucker, Blackstone's editor, was a lawyer who americanised and virginianised the *Commentaries on the Laws of England*.

So far, we can guess what Tucker wrote about the issues we have touched upon. He described the individual who was the subject of constitutional rights under the 1776 Virginia Constitution. I quote from the long "Note" *Of the Constitution of Virginia in Blackstone's Commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia (...)* containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the Laws of Virginia,

as a member of the Federal Union, by George Tucker, Professor of Law, Judge of the General Court of Virginia, the virginianiser.

Here is the portrait of the Virginian subject of constitutional liberty according to George Tucker: "Every free white man (...) in possession of (...) land (...) in his own right or in the right of his wife". So you, Virginian citizen, have to be *white*, from the European branch, *free*, neither slave nor hired worker, and qualified by property yours or your wife's. As *feme-covert's*, the woman's ownership granted the man's right, and not her own, to that extent she was not included in the constitutional universe.

The 1776 Virginia Constitution required, for the exercise of constitutional rights, "sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to, the community". A good way for men to fulfil these requirements might be marriage. Tucker expressed it very eloquently: "The acquisition of a wife is ordinarily attended with that of a farm sufficient to entitle the owner to a vote". Woman concurred with property for the qualification of man as the subject of freedom. Commenting on Blackstone in compliance with *common law*, it was not at odds with the very beginning of the same Constitution: "All men are by nature equally free and independent".

Tucker is eloquent on other matters too. He holds his own opinions and obtains his own evidence. He criticizes an observation in Jefferson's *Notes on the State of Virginia* about a deep imbalance among election, militia and tax registers. "A majority of the men in the state who pay and fight for its support are unrepresented in the legislature", Jefferson thought. Tucker thinks that this is not the case. Here is what he considers a good argument: "Free negroes and mulattoes are excluded from elections; they are now excluded from the militia rolls, and very few of their names appear upon the tax-gatherers' books". The constitutional exclusion of even the so-called *free negroes*, and not only of slaves, seemed unarguable. Slavery or at least servitude could be regarded as the natural state for them, for Afro-Americans.

Slavery was not the highly controversial topic we would expect today. At that time, they discussed and argued about it, but not to the extent we tend to imagine after reading proclamations of freedom and equality such as the first pronouncement of the Declaration of Rights of the 1776 Virginia Constitution. We know that

contentions could hardly work in the legal field. Furthermore, in the specific constitutionalist discourse, the word *slavery* took on another meaning, a political one; or, rather, one traditional acceptance of the term was reinforced: oppression under despotism, be this monarchical or even parliamentary. *Slavery* came to mean mostly colonial dependence while *freedom* began to signify mainly political independence. *Slaves* described the colonists under British rule, like Canadians or Jamaicans, and *free* entailed *independent*, like Virginians, their neighbours from Pennsylvania or citizens from other brother States. The 1776 Pennsylvania Constitution commenced in a similar way: “All men are born equally free and independent and have certain natural, inherent and inalienable rights”.

As for *slavery*, such as we have seen for *state* or for *nation* in the *law of nations*, the political meaning left no proper place in 18th-century American constitutional literature for the social, economic and legal sense, cattle slavery in this case. The abstraction did not assume the disappearance of actual slavery, just as political state or nation did not mean the inexistence of social states and cultural nations. On the contrary, all of this was taken for granted and also considered meaningless in constitutional matters.

Except for basic *individual's* rights, such as property, Tucker also thought that, in these constitutional matters, the English “*ius commune*, *common law* or *folk right*” did not rule. So Blackstone did not help in this fundamental field, for which Tucker turned to the *droit des gens* or *law of nations*. He preferred it, instead of Blackstone, for issues such as slavery, as he also did so for the relationship with indigenous peoples.

Contrary to Blackstone, Tucker stated that the British colonists were not a subordinated people. He thought that the *Commentaries* confused *Americans* with *Indians*. In his fourth introductory section, “Of the Countries subject to the Laws of England”, Blackstone denied that colonists in America shared rights on an equal footing with British people in Europe: “Our American plantations”, he wrote, hold the condition of “conquered or ceded countries” under the king’s pleasure, “being obtained in the last century either by right of conquest and driving out the natives (with what natural justice I shall not at present inquire) or by treaties”. In some

posterior editions of Blackstone's *Commentaries*, the legal doubt between brackets was cancelled.

According to *law of nations* and against Blackstone, Tucker argued as follows: "The British emigrants by whom the colonies were settled were neither a conquered nor a ceded people, but free citizens of that state by which the conquest was made or to which the territory was ceded, the Indians, the former people, having uniformly withdrawn themselves from the conquered or ceded territory". Conquered referred to Indians, the indigenous peoples whose voluntary cession of territories and withdrawal from them were also presumed.

After independence, can you guess what the constitutional position of the indigenous peoples might be? You are right if you are thinking of an *oeconomical status*. Indeed, under the 1787 US Constitution that placed the "Indian Tribes" in a limbo between the "foreign Nations" and the inner States, such as Virginia, the Federal Supreme Court's jurisprudence recognised that the said *tribes* were in fact *nations*, but not states. They were deemed *domestic nations* and therefore placed under the guardianship or tutorial authority of the President and the Congress of the United States. As a more *oeconomical* than political or international relation, this federal power over the *Indian nations* has no constitutional restraint. Even the treaties between indigenous peoples and the United States are submitted to these *domestic* powers. Take another look at the fourth introductory section of Blackstone's *Commentaries*, "Of the Countries subject to the Laws of England". Here, the position where you find the *Irish nation* is "in a state of dependence", that was, under the collective form of *oeconomical status*.

8. *American natural oeconomy*.

The Indians were not alone. Let us take a look also at the next American counterpart of Blackstone's *Commentaries* following Tucker's *Blackstone*, the *Commentaries on American Law* by James Kent, Professor of Law, Chief Justice of the Supreme Court of New York and Chancellor of this State. There we find a whole part, the fourth, "Of the Law concerning the Rights of Persons" with the first chapter "Of the Absolute Rights of Persons" and one after "Of

Master and Servant” discussing “Slaves” and “Hired Servants”. *Person* means *individual* as the subject of *absolute* rights, not implying however the disappearance of other *persons*, but their abstraction in the constitutional field. Slaves and workers are both *servants*. Both of them are under *oeconomical status* just as the *Indian tribes*. For this American law, there were no more political *states* in the sense of *status*, but *oeconomy* still existed.

At this point, we are not surprised. So far, we know quite well how much humanity entered in *oeconomical status* and how little in freedom’s law. Also we are already aware of the legal position of the constitutional text. The index of Kent’s *Commentaries* obeys this order for its initial parts: I, “Of the Law of Nations”; II, “Of the Government and Constitutional Jurisprudence of the United States”; III, “Of the various Sources of the Municipal Law of the several States”. *Municipal* law meant state law. *Law of nations*, the also called *law of nature*, was placed in a superior position over federal and state constitutionalisms.

As for all these issues of the “Rights of Persons”, Virginian and federal constitutionalisms could go together. The 1776 Constitution of Virginia, that was in force till 1830, made only these derogatory references to both slave and Indian presence: “Whereas George the third, King of Great Britain and Ireland, and elector of Hanover” has abused his authority “by prompting our negroes to rise in arms against us, those very negroes whom, by an inhuman use of his negative, he hath refused us permission to exclude by law; by endeavoring to bring on the inhabitants of our frontiers the merciless Indian savages, whose known rule of warfare is an undistinguished destruction of all ages, sexes, and conditions of existence”. *Negative* was the royal veto against Virginian decisions such as the one specifically regarding colonial exclusion even of free Afro-Americans.

For our present purposes, we have no need to further verify the meaning of *man* and its implication for rights in early constitutional Virginia. Neither do we need here to concern ourselves with particular nuances, important as they might be. Actually, the piecemeal disappearance of slavery was taken into consideration even as a logical consequence of the established principle of freedom and equality under the 1776 Virginia Constitution, yet the assumptions

of the maintenance of *oeconomical status*, namely of servitude, like that of the *feme-covert*, lingered on. Even after its definitive abolition in 1865 (Amendment XIII of the United States Constitution: “Neither slavery nor involuntary servitude... shall exist...”), *status* both of *servant* and *wife* continued. In Virginia, there was the tradition of constitutional exclusion of free Afro-Americans. *Servitude* as social state, and not slavery, was Blackstone’s way, the British way for which *common law* stood or vice versa, as you like.

Definitively, on the one hand, there was no longer political *status* and, on the other, cattle slavery, but *oeconomical status* still existed. *Common law* and *law of nature* did. At all events, somehow over the constitutional and legal systems of the United States and Virginia, there were both *common law* and, above all, primarily, *law of nation* pretending to be *natural law*, a kind of law that was considered completely beyond the reach of any human constituency. So, as *natural* or supra-constitutional law, as *natural oeconomy*, we have the deprivation of rights for the preceding and current human presence in America, the indigenous peoples or *Indian nations*, and we have also, as *natural law*, the servitude of labour and the non-inclusion of women in the constitutional universe. So, *natural oeconomy* ruled.

“All men are by nature equally free”. They were so according to *oeconomic nature*. The sentence conveyed the meaning that white male proprietors and heads of families, women and workers’ lords and masters, were “*by nature* equally free”. *Nature* qualified words. A powerful cultural construct did so. In this light the text concerning freedom and equality of the 1776 Virginia Constitution was understood. That is what its wording and phrasing, its presuming and abstracting, said precisely. A language was born.

The normative constitutional language began to function in this manner. It had no need to reflect social reality to rule or even perform it. *Man* meant what it did by force of the Constitution according to *oeconomy*. So, by the same constitutional enforcement, *man* continued to be what it was, now empowered by freedom’s law, the law of European, male, proprietor, head of family, women’s and worker’s, slaves’ and Indians’, lord and master. That was *oeconomy*. This was a legal kind of *oeconomical* determination.

My presentation is over. Let me still offer a few very simple

suggestions. Read the usual historiography on constitutional matters and, if you are observant, you will find things such as the complete omission of *status* and *nationes*, of *oeconomical* states and cultural nations. You will face a serious overlapping of these kinds of real problems from the past and for the future through our present. Do not resort to economic history in search of *oeconomy* if you do not wish to be disappointed. Most social history also disregards this sort of things. Keep reading historiographical specialities and generalities to verify on your own. Do not trust me. I have not ever set foot in past time. Draw your own conclusions. I have mine, but they will not be enough.

9. *Linguistic return.*

At this concluding point of my presentation for our seminar, let me now add some reflections about the use of method and the result of evidence. Let me return to the question that I have posed since the beginning. Are we sure that the phrase “all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights” meant in itself for the Euroamerican constitutional moment of the 18th century the same as today? It is plain English of course, but maybe the words and meanings are not so plain. Did “men”, did “all”, did “by nature”, did “equally”, did “free”, did “independent”, did “inherent”, did “rights”, did all these linguistic signals mean human freedom recognised, granted and guaranteed for everybody as the due bases of the political and legal system? You historians did not need my explanations to know that the answer is negative.

It was plain English, but it was not our plain English, the English that, for better or worse, we speak and write, hear and understand, today. The same thing must be affirmed too for Latin or for French, German, Spanish, Italian and so on, and also for many other living European and American tongues that are not official languages of states in Europe or elsewhere today. Words do not change when their meaning does. The meanings of the European state languages, specially these that are official, changed deeply and definitively somewhere between the 18th and the 20th century. And meanings are not exactly the same when dominant languages work in their original places as when they expand at the expense of others

both European and non-European, as for instance in America. They overlap or even impose exclusions and non-inclusions. Words always matter. They do to an extreme when languages face each other on an unequal footing.

Language in the singular and, to a greater extent, in the plural may produce the performative effects of injecting unequal ways into apparently non-discriminatory constitutional norms. Inequalities are not mere social realities and economic facts, but complex cultural constructs and juridical devices. They might be imposed by an abstract and dominant language with that kind of performative power, a power prior to and independent from the eventual enforcement of the norms themselves. In our 18th century Euroamerican moment, legal and political culture ruled over law and politics. Europe dominated through linguistic performance and not only by normative and political or also economical and military means. As a performative Euroamerican language, constitutionalism can behave like *law of nations* reproducing and overlapping the discriminatory bias of the legal subject of freedom's rights.

Nowadays, you historians realise the linguistic bias with no need to know the constitutional matter. In the end, you historians are right to assume intuitively that the first real Constitution, the 1776 Virginia Constitution, could not mean what it actually said. Or maybe you were not so right. Good intuition can make bad history. Watch your steps, please. By not taking the historical text seriously, the historiographical point is cancelled. So, you historians may miss a decisive cultural moment of social domination. Key questions are lost. Constitutions meant exactly what they said and not what they seem to say today. To understand the true meaning of early constitutionalism, we historians must learn 18th century legal English, a different language from current English, legal or otherwise. We must even know the so-called "*law-french*", the Norman terms used in *common law*.

Consider the following paragraph from Blackstone's *Commentaries* in the chapter "Of Husband and Wife": "By marriage, the husband and wife are one person in law; that is, the very being of legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband, under whose wing, protection and *cover*, she performs every thing,

and is therefore called in our law-french a *feme-covert*, is said to be *covert-baron*, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or lord. Upon this principle, of an union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities". We need to learn this legal jargon in English and non-English languages. We must start by learning to read in order to know what was meant by such apparently simple syntagmas as *rights of man* or, in a renewed "law-french", *droits de l'homme*.

The historical syntagma of *rights of man* or *droits de l'homme*, a true constitutional synthesis, may be easily misunderstood if read in non-contextual terms. It may be taken as a general adjudication of liberty to the human being, notwithstanding additional discriminations that, as accidental contingencies, might be feasibly surmountable afterwards. Quite differently, cultural reading through legal literature brings us to a historical scenario in which *man* or *homme* is conceived and behaves as a subject radically alien to the woman, the worker, the non-owner, or whoever neither belonged to nor participated in European culture or, as it was deemed, *civilisation*. Historically, this is the constitutional stage.

So far, on the threshold of the 21st century, recognition of the worker, the woman or non-European people as subjects of freedom's rights may seem easy, but its actual implementation is not easy at all. You have to know and face, among other things, history, your own history, even a history far back in time from our 18th century Euroamerican constitutional moment. The revision and overcoming of such a whole long-standing and deep-rooted culture of the European male proprietor and head of family as natural representative of both his own society and the whole of humanity, as subject therefore entitled to constitute states and thus to dominate in the name of liberty and on behalf of his own actual freedom, is a hard challenge. To face it, you should master history and its aftermath, the past living still in the present. To become proficient historians, we need to know both past and present.

We need to know past and present languages, the different ones historically embedded in a single one, English, Latin or others. Languages do not change when paradigms do. Between the middle of the 17th and the middle of the 18th century, between *Leviathan* and *Esprit des Lois* we could say, there was some sort of a paradigm

shift, the appearance of a culture of freedom's law for the individual European male owner in the traditional setting of *status* of subjection for the majority of humankind.

But since the 18th century there has been another more transcendent paradigm shift for us, for 21st century citizens and historians. The chain headed by the 1776 Virginia Constitution does not extend so far as today. There is a paradigm shift not only between *Ancien Régime* and *Révolution*, but also afterwards. The latter is the change that has overtaken legal *status* as social basis or social *status* as legal basis. So, we no longer understand the complex kind of society with both constitutional freedom and legal *status*, unless we undertake textualist and contextualist juridical research as due part of the historiographical enterprise. Historical study is linguistic apprenticeship.

The framework of plural *status* was not only a mere linguistic legal scheme, but also social reality, whatever that may be. If one can speak of historical realities, here you have a case to which we can access through the linguistic knowledge of legal texts. Here we find a not so hidden treasure, I think, for plain historiography, and not only for the legal and constitutional branch. Juridical texts provide cultural clues at least for the history of Europe. Without a cultural history, a history of meaning and understanding, how can you, European historian, study social or plain and full history of your own past? Can you research history while misunderstanding sources?

Legal culture is a constitutive culture in the case of Europe. No matter how introverted and boring European legal or constitutional historians may be, legal and constitutional history is not only interesting and helpful to law and politics. No wonder if indigenous, gender and labour histories are more help nowadays than any other research strategies. Their issues are cultural or even legal, being concerned with the legal and constitutional culture that legal and constitutional historians usually neglect. A good piece of advice could be to recommend a return to legal history through past texts.

10. *Text in context.*

Are we historians aware of all of that when we read and interpret the literature of 18th century Enlightenment, the intellec-

tual homepage where the Euroamerican constitutional moment would be placed? Are we historians well mindful when we research and analyse papers or other sources from that time in archives or other reservoirs? Do we historians realise that we cannot understand any 18th century text but in context, in an alien context?

Our relation with the so-called Enlightenment, with that past culture between the two mentioned paradigm shifts, may be in question. We do not share its language. The usual identification is deceiving. It is a fallacy for us Europeans and a fraud towards non-Europeans to maintain the feeling that our culture has been the culture of liberty, and our law freedom's law, since the 18th century, if not even before and throughout all European colonialism.

There does not seem to be any lineal development of an enlightened culture on the same premises of human freedom through successive constitutional moments adding new subjects of fundamental rights, such as the worker, the woman or the non-European alongside the male white owner. Such a progressive history cannot or must not be traced because since its origin the constitutional category of *man* has been biased and loaded with social, sexual and racial prejudices, imposed as culture or *civilisation*. The piecemeal incorporation of new subjects has continued to lean on a defective background that impairs them. The origin exercises a great hold on the constitutional and international universe of rights, both civil and political, and powers, both public and private.

Let us take a brief look at the historical move from rights to powers. Usually, constitutionalism is identified as a system of powers, the trinity of the legislative, executive and judiciary, rather than as a rule of rights, *absolute rights* in old words, *rights of man* or *droits de l'homme* in modern fashion, *human rights* in today's usage. The bias comes from early constitutionalism, from the format of its subject, *man* or *homme*, as the social *person* entitled both to freedom and to power, to free dominion over women, workers and non-Europeans. Individual rights were social powers. *Man* or *homme* was the social agent who had law and justice at his service.

Today, the ease with which we confuse powers and liberties, regarding the constitutional trinity of powers as the definitive sign of freedom, has something to do with European history, with the

Euroamerican past and, to a certain extent, its present. We may talk of the subject of liberties, the *man* between rights and powers. About all the rest, we can only hint. Here we have not discussed specific rights and powers, but the subject of rights, who happened to be the subject of powers indiscriminately. We have not asked any question about *what*, but *whom*. Otherwise, we could wonder whether the political forms of the first constitutionalism have something to do with the democratic policy, responsible government and accessible justice needed when *man*, the man we know, is no longer the exclusive subject of freedom's rights. In the 18th century Euroamerican constitutional moment, there was freedom's law, but not our freedom's law. Freedom's rights existed for a very qualified human subject. Others could have *liberties*, which were, as we have learnt, a different thing than *freedom*.

Remember Blackstone: "As all the members of society are naturally equal, it may be asked, in whose hands are the reins of government to be entrusted? To this the general answer is easy". He could say so because he counted on *status*. You could think that *all the members of society are naturally equal* or, as the 1776 Virginia Constitution would say, that *all men are by nature equally free*, and add that, despite this principle, the problem of *government* may receive, *in general*, an *easy answer*, because you are presuming that *equality* is according precisely to *nature* and thus to *status*. In fact, that is Blackstone's way. To answer the question of *government* in a condition of *equality*, he immediately refers to the given position of the Monarchy, the first *status*. So, *all the members of society* are not all the human individuals in a society. It is also the first assumption of the 1776 Virginia Constitution. For Constitutions, political powers were no longer a matter of *status*, but they still counted on *oeconomical status*. So, to face the problem of *government* today, to answer our question of powers, can they help?

They, *Commentaries* and Constitutions, may help to understand, as they helped to manage their period and not previous or later ones. On their part, previous texts, the pre-texts, can help as contemporary texts in their own context. On the front page of the first edition of Vattel's *Droit des Gens*, there is a quotation from Cicero: "Nihil ist enim illi principi Deo, qui omnem hunc mundum regit, quod quidem in terras fiat, acceptius, quam concilia coetusque

hominum jure sociati, quae Civitates appellantur”. You grasp it, because you cannot become historians of Europe if you are not able to read Latin. But let me make a suggestion. Here, in this 18th century text, Cicero, the old Cicero, writes about *states* or *nations* and assemblies of *status*, of clergy, nobility and citizenship. The former is denoted by *Civitas* and the latter by *concilia et coetus*. Cicero’s text in Vattel’s context refers to the British Parliament, an assembly of *status* as Blackstone explains. So, when he, Cicero, writes *homo* on Vattel’s front page, he, old Cicero, means 18th century *man*, the subject of rights. That is the reading of text in context.

For sensitive substantive things such as the cultural determination of the subject of freedom or the historical shift from powers to rights and vice versa, in order to oust myths and fictions, you always need the text in context, texts in contemporary textual contexts. Always bear this in mind. The maxim must mean text in society before text in history. We must look at synchronic con-texts rather than at diachronic pre-texts. If not, you may only recreate and renew not so enlightened myths and fictions. The key is in semantics, not in philology, that is, in meaning, not in stemming.

So, what could be recommended is legal semantics and not the legal philology usual in legal history and which is largely characteristic of the history of political thought. In short, if our aim is new good history and not old bad ideology, we cannot have any direct link with the so-called, presuming the relationship, Enlightenment. In contrast with present legal practice, we must not connect with people such as Blackstone or Jefferson directly.

11. *Way to Europe.*

Is your goal good history? Then you need to work in the plural. You must not permit any text or any context to be cancelled. You need all or at least most of both. We historians do need texts and contexts always in the plural referring not only to the multiplicity of sources, but also to everybody’s meanings, including non-Europeans’. You do not learn much about women, workers, slaves, *Indians* and so on if you only rely on *men*’s sources. Be aware. All the people we have met here (Blackstone, Vattel, Jefferson, Tucker...) are *men* in the sense we know. Moreover, we have taken into consideration

only two languages, English and French, both European. Like you and I, like all of us, culturally, Blackstone and company, even Jefferson and Tucker, were first of all European. So is our history, our not so new good history.

To be acceptable, history cannot spring only from a dominant European stance or from anywhere else in the singular and alone. We all need both our and others' histories, our own and alien, for both science and citizenship. There is no good *European History* without non-European histories. There is no sound *History of Civilisation* but also and always in the plural, that is, histories of civilisations or, rather, histories of cultures. Culture admits the plural better than civilisation does. Civilisation entails a pretension of superior culture that discriminates against other cultures. The very idea of European, Euroamerican or Western civilisation may be pretentious. Just suppose that you, a European Department of History and Civilisation, understood singular as plural, Civilisation as Cultures?

In order to save the name, if you are fond of it, let us say that civilisation means a related variety of cultures of ours among others' cultures. Let us not deceive ourselves and defraud others. Do not forget that the very word is a sign of colonial mentality in a post-colonial word. You are misrepresenting your culture if you call it civilisation or only if you feel able to do without the rest. In historiographical terms, to become historian, you must be mostly aware of the place of your culture among other cultures. For the European case, for any sort of European history, some kind of post-colonial stance is badly needed. You, Europe, tried to be the world through *law of nations* among other means, but you, fortunately, neither stood nor stand for humankind. Are you aware when still deeming your culture, even past and colonial, as civilisation? When you talk or think about an Euroamerican Enlightenment as a unique and direct origin and source of human freedom, that is what you presume. You travel a path to Europe from Europe and through Europe, through Euro-America or other European expansions. So, all the non-European worlds are a matter not for historians on shared grounds, but for anthropologists on unbalanced standings.

However, nowadays, in times that ought to be post-colonial, the way to Europe must tread and cross all paths from and to other

worlds, from and to Europes and non-Europes outside and inside Europe, everything, including Europe, in the plural. The way to the Europeans entitled to constitutional rights must tread and cross all paths from and to non-European subjects of equal human and thus shared freedoms. These trails are not post-modern, but post-colonial. Please, let us not get confused ourselves. I am not adopting an intellectual fashion, but assuming a historiographical responsibility. European colonialism implied that European rights entailed European powers. The implication still exists if common and shared freedoms are not placed on an equal footing among Europeans and non-Europeans. The same statement must be affirmed referring to, on the one hand, *rights of man*, and, on the other, rights of woman. Otherwise, rights of man are powers over women. We are aware of this by now. History and historiography have something to do with all of that.

Let us not forget that historiography, and not only history itself, can produce performative effects upon the present in some way, be the outcome positive or negative. This is historians' responsibility. For the theory and practice of freedom's law, information and awareness, and not pretensions and legends, about its origins and developments may be the most sound and convenient. In other words, to behave in the world that we, historians or not, have inherited, we should free ourselves through knowledge and consciousness from European and Euroamerican myths and fictions, from traditions and narratives that continue to blind us, such as the copyright on and pedigree of human freedom's culture. History matters. Historiography does too.

Can you be sure that we, European citizens and scholars on the threshold of the 21st century, are able to embrace all humankind when thinking of universal human rights, of person and people, beings and bodies, as subjects of individual and collective liberties? Do we common Europeans realise that this very question is both completely impossible and inappropriate? Humanity cannot be conceived by only a part of it. To face evidence and achieve consciousness, the consciousness that begins to make the difference, history may work and help. I often wonder if we historians do.

I. Sources.

Francis Newton THORPE (ed.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies now or heretofore forming the United States of America*, Washington, Government Printing Office, 1909, vol. VII, pp. 3812-3819 (facsimile, Williams S. Hein and Co., 1993) offers an available edition of the 1776 Virginia Constitution. The text is also on the internet, even though this is still a less trustworthy medium for the critical requirements of our historiographical métier: www.yale.edu/lawweb/avalon/states/va05.htm. The address, home of the *Avalon Project* of the Yale Law School, provides a good repertory of texts, including, of course, 1787 US Constitution and its Amendments.

There are facsimiles of both William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765-1769, and Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Leiden (but Neuchâtel) 1758: Blackstone, University of Chicago Press, 1979; Vattel, Carnegie Institution of Washington, 1916 (and Geneva 1983). In the annexes (for the seminar), there are some photocopied fragments from Blackstone's *Commentaries* (1765, book I, index, chapters 1, 2, 14 and 15) and Vattel's *Droit des Gens* (1758, front page, *preliminaires*, and book I, paragraphs 24, 27, 81, 208 and 209), where my quotations may be found. The photocopies come from first editions due to our interest both in wording and phrasing and in every meaningful sign and trace. There are editions on the internet, Vattel in one of the several English versions since the first in 1759 (1852, printed in 1883): www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm. (Blackstone's *Commentaries*); www.concordance.com/vatt.htm. (Vattel's *Law of Nation*). For Thomas Hobbes' *Leviathan* (1651), www.concordance.com/levi.htm. The address, home of *Concordances*, is useful for all kinds of literature.

On the internet you may also find works closely related to the 1776 Virginia Constitution, such as Thomas Jefferson's *Notes on the State of Virginia*, 1781-1782: www.yale.edu/lawweb/avalon/jevifram.htm., and St George Tucker's *Blackstone's Commentaries with Notes of Reference to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia*, 1803: www.constitution.org/tb/tb-0000.htm. Although there is a Jefferson site with his writings of all kinds, reproducing the edition by Albert Ellery BERGH, 1907 (www.constitution.org/tj/jeff.htm), I have not been able to find his *Education for a Lawyer* (c. 1767, revised in 1814, when he added the reference to Tucker). It was published by Saul K. PADOVER (ed.), *The Complete Jefferson. Containing his mayor works, published and unpublished, except his letters*, New York, Duell, Sloan and Pearce, 1943, pp. 1043-1047). For James Kent, *Commentaries on American Law*, 1826: www.constitution.org/jk/jk-000.htm. You may add Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States before the adoption of the Constitution*, 1833: www.constitution.org/js/js-000.htm. With browsers, you can check the quotations. The address, home of the *Constitution Society*, is another catering service on the net.

II. References.

II.1. *Early Euroamerican constitutionalism.*

According to my knowledge, up to now, the best historiographical work about the 18th century Euroamerican moment, for our textualist methodical needs, is offered by John Phillip REID. Among his publications, I specially recommend *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, and the first volume, *The Authority of Rights*, of his *Constitutional History of the American Revolution*, Madison, University of Wisconsin Press, 1986 (vol. II, *The Authority of Tax*, 1987; vol. III, *The Authority to Legislate*, 1991; vol. IV, *The Authority of Law*, 1993). On this line and for further background on early American constitutionalism, see Shannon C. STIMSON, *The American Revolution of the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton, Princeton University Press, 1990; Jack N. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 1996; Marc W. KRUMAN, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1997; and Akhil Reed AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998.

For further historiographical and methodological information and reflection, you may resort to my own commentary to this American constitutional literature: *Constitución de Derechos entre América y Europa (Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe)*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 29, 2000, pp. 87-171. Here I refer to Ronald DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996, from where I take the expression *freedom's law*.

On the European background of American constitutionalism from a textualist methodological approach (not frequent for constitutional history in continental European historiography), see, in addition to J.P. REID, Richard TUCK, *Natural Rights Theories: Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981; James R. STONER Jr., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism*, Lawrence, University of Kansas Press, 1992; Barbara ARNEIL, *John Locke and America: The Defense of English Colonialism*, Oxford, Clarendon Press, 1996; and my own work, *Happy Constitution: Cultura y lenguas constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997. As for European theories on *natural rights*, I prefer Tuck's view rather than later studies, such as Annabel S. BRETT, *Liberty, Right and Nature: Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

II.2. *Freedom, discrimination, subjection.*

As regards the subjects of freedom or subjection (that is, *subject* both in the sense of being entitled to liberty and being in a position of dependency), possibly the best introduction to the 18th century moment is a collective work on the following period: Willibald STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, New York, Oxford University Press, 2000. You may find it useful to consult Helmut COING,

Europäisches Privatrecht, I, 1500 bis 1800, and II, 1800 bis 1914, Munich, C.H. Beck, 1985-1989, although, as still usual in legal history, it casts an anachronistic light now on the near past, particularly the 18th and 19th centuries.

Referring to another stage in time and place, because I know of nothing similar focused either on the 18th century Euroamerican constitutional moment or on other phases of the European or American constitutionalisms, I strongly recommend Frederic C. SCHAFFER, *Democracy in Translation: Understanding politics in an unfamiliar culture*, Ithaca, Cornell University Press, 1998 (studying the political interplay among European and non-European languages, French and Wolof for the case). Who is afraid of American non-European languages for constitutional history? Despite my ignorance, as my linguistic knowledge is confined to Europe, I can prove, after field work, that they are badly needed: *Estado pluricultural, orden internacional, ciudadanía postcolonial: Elecciones constitucionales en el Perú*, in *Revista de Estudios Políticos*, 114, 2001, pp. 11-39 (an extended version, adding the European side, will be published in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 31, 2002).

On specific aspects of freedom's law and cultural inequality in early constitutional history, see Jack P. GREENE (ed.), *The American Revolution: Its Character and Limits*, New York, New York University Press, 1987; Carole PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford, Stanford University Press, 1988; Robert WILLIAMS Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York, Oxford University Press, 1990; Urs BITTERLI, *Die "Wilden" und die "Zivilisierten": Grundzüge einer Geistes- und Kulturgeschichte der europäisch-überseeischen Begegnung* (1976), Munich, C.H. Beck, 1991; Maryanne C. HOROWITZ (ed.), *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester, University of Rochester Press, 1991; Christopher L. TOMLINS, *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; Francis Paul PRUCHA, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press, 1994; Margaret R. SOMMERVILLE, *Sex and Subjection: Attitudes to Women in Early-Modern Society*, London, Edward Arnold, 1995; and my own work, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. For the Virginian case, Woody HOLTON, *Forced Founders: Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

II.3. *The severance of textualism.*

In order to check specific constitutional textualist approach and legal contextualist methodology, you may see, among the mentioned authors, Akhil R. AMAR, *Our Forgotten Constitution: A Bicentennial Comment*, in *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 281-298, and *Intratextualism*, in *Harvard Law Review*, 112, 1999, pp. 747-827. Add some collective works less centred on legal context: Anthony PAGDEN (ed.), *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987; Terence BALL and J.G.A. POCOCK (eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, University Press of Kansas, 1988; T. BALL, James FARR and Russell L. HANSON (eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge, Cambridge University Press,

1989 (a volume belonging to the important series *Ideas in Context* that offers examples of *ideas out of context*, beginning precisely with *Constitution*).

On these textualist assumptions, for an outstanding example of the common confusion between liberty contingent on law and law due to liberty, between *liberty* and *freedom* as historical categories, Quentin SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. For historiographical context, James TULLY (ed.), *Meaning and Context: Quentin Skinner and his Critics*, Princeton, Princeton University Press, 1988. Under a textualist approach too, you may find it more worthwhile to resort to the entries referring to our issues (such as *Freiheit*, *Herrschaft*, *Stand* or *Verfassung*; no entry for *Individuum*) in Otto BRUNNER, Werner CONZE and Reinhart KOSELLECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Ernst Klett, 1972-1992; fortunately for our Angloamerican moment, it cannot always keep the German-centred focus.

For collecting and checking information on the present diversity of textualist approach, including the so-called linguistic turn, Melvin RICHTER, *The History of Political and Social Concepts: A Critical Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 1995; Iain HAMPSTER-MONK, Karin TILMANS and Frank VAN VREE (eds.), *History of Concepts: Comparative Perspectives*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1998. On the same occasion of this paper (the teaching trial for a chair in European History, as we know), Steven Kaplan, now fostering a more direct social history, declared he no longer supports the more radical linguistic stance and cultural access for which he once stood: Dominick LACAPRA and Steven L. KAPLAN (eds.), *Modern European Intellectual History: Reappraisals and New Perspectives*, Ithaca, Cornell University Press, 1982. For the turning point of those years, you may add Quentin SKINNER (ed.), *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985 (chapters on Hans-Georg Gadamer, Jacques Derrida, Michel Foucault, Thomas Kuhn, John Rawls, Jürgen Habermas, Louis Althusser, Claude Lévi-Strauss and “the *Annales* historians”). By then convinced myself, I still think that you cannot study any significant kind of history save through *cultural* history, through wondering radically and continuously about meaning. Wondering is the method. Most historians simply feel free of any concern about the historicity of languages or other semiotics and thus about the diachronic diversity of every single system of human signs.

II.4. For further checks.

You may see text, study and references in my edition of Jean Louis DE LOLME, *Constitución de Inglaterra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. My academic colleague and fellow working group member (HICOES: *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España*), Jesús VALLEJO, has done likewise for the Spanish realm: Duque de ALMODÓVAR, *Constitución de Inglaterra*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. I do not know of anything similar in the textualist legal mode for 18th century European constitutionalist writing before the French Revolution.

On this line, for early Spanish constitutional and other legal texts, see Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Cádiz como impreso*, in *Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812*, Sevilla, Fundación El Monte,

2000, *Estudios*, vol. II, pp. 7-73; Marta LORENTE, *La Voz del Estado: La publicación de las normas, 1810-1889*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Our working group, the aforementioned HICOES, cooperates in a project directed by Horst DIPPEL, *The Rise of Modern Constitutionalism, 1776-1849*, to collect and edit, initially in an electronic format, all the American and European constitutional texts until the mid 19th century (about 800 documents) in their original languages along with English translations and introductions (www.modern-constitutions.de).

For difficulties in the textualist and contextualist modes and ways, add the predicament of our usual underestimation of the Euroamerican moment in connection with the close, but deeply different, Eurocontinental one of the French Revolution and its aftermath. For a single example of historiographical myth in present constitutional context as regards the key point of freedom's subject, *man* or *homme*, you may see Massimo LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 27-50; Michel TROPER, *The Concept of Citizenship in the Period of the French Revolution*. For a telling survey of constitutional exclusions and non-inclusions in the French-revolutionary moment, see Pietro COSTA, *Civitas: Storia della cittadinanza in Europa*, vol. II, *L'età delle rivoluzioni*, Bari, Laterza, 2000.

On politics and *oeconomy* (both the old spelling and the old meaning), you may also want to see my own work in the issue (for further references too): *Tantas Personas como Estados: Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986; *Antidora: Antropología católica de la economía moderna*, Milan, Giuffrè, 1991 (*La Grâce du Don: Anthropologie catholique de l'économie moderne*, Paris, Albin Michel, 1996, translation by Jean-Frédéric SCHAUB; preface by Jacques LE GOFF); *Beati Dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 7-148 (very abridged version, *A proposito della cultura del lignaggio*, in *Quaderni Storici*, 86, 1994, pp. 335-363), referring to *Bernardus super re familiari gubernanda* (*res-familiaris* as counterpart of *res-publica*), a simple sheet translated into many languages (Leopoldus JANAUSCHEK, ed., *Bibliographia Bernardina ... usque ad finem anni MDCCCXC*, 1891, Hildesheim, Georg Olms, 1959, items 12, 17, 53, 104, 145, 169, 183, 184, 197, 202, 261-263, 290, 318, 331, 335, 348, 354, 356, 369, 376, 377, 393, 397, 466, 479, 530, 540, 697, 799, 881 and 941; further references, *Beati Dictum*, pp. 35-54), the most important work on *oeconomy*, as for social significance, all across early-modern Europe, despite economic history. You may finally add the controversy on *Antidora* or *Grâce du Don* in the first section of the last issue (before the seminar) of *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 59-6, 2001, pp. 1109-1175: *Les économies anciennes*, early-modern economies.

III. Appendix: European process and projects.

At this point, after the seminar, I hope that all of you are wondering about the long and winding ways of European freedom's law that set out from such an adverse launching point as *oeconomical status*. That is precisely the research and teaching matter I offered to the Department of History and Civilisation of the European University Institute. Let me finally expose something regarding this proposal, as I tried to do in my

formal interview with the selection committee, and let me place my performance in this framework of the application for a chair in European History at the Department of History and Civilisation of the European University Institute.

I do not intend to break any confidence if I reject the strange sense of *oeconomical* privacy adopted by the management of the aforesaid committee for a *public* issue such as the selection process in a public institution, this University Institute. We candidates suffered an academic procedure in a European body below the European average as regards minimal transparency and elementary guarantees. Four people were short-listed for the chair: Steven Kaplan, Janet Coleman, Colin Jones and myself. Jones was the selected candidate. I cannot say anything on his behalf, but I may stand for Kaplan and Coleman in relation to our feelings about the ways of the committee. Officially, we do not know anything of each other's research projects and teaching programs because of the secrecy surrounding the whole procedure. Off the record, we exercised our right to inform ourselves, of course. So, you even get private information not to be disclosed. I have also witnessed some public performances intended to be spared to us, the candidates. We were even warned not to attend each other's seminars, a suggestion, so to say, with which I did not comply at all ⁽¹⁾.

I misbehaved then and continue to do so according to the particular rules of the European University Institute. The selection committee was formed, concerning the right to vote, by four professors of the Department, one representative from the students and two external members. Regarding their respective elections, we candidates did not receive any information but the final names that we were to face. Apart

⁽¹⁾ Jones' seminar was not to be missed. Title: *Teeth, Mouths, Smiles, Paris*. He explained how the French Revolution entailed a shift from "close mouth culture" to "open mouth culture". Indeed, he showed it through an amusing set of visual support, from illustrations of dental practice (unwillingly open mouth and bared teeth) up to 18th century portraits (convinced closed mouth, but one that received a single criticism for showing teeth, definitive proof of the implication of the following revolution along with Robespierre's still mouth wide open from a gunshot). In contrast, in accordance with their work, both Kaplan and Coleman's presentations (*The Enlightenment between Opera and Marketplace, Salon and Workplace: Reflections framing a Research Agenda and Pre-modern understandings of property: personal ownership and self-understanding*, respectively) were serious, albeit not pedagogical. Nevertheless, in the light of the outcome and in discordance, as we shall see, with the calling for the chair, matters such as the hard history of social culture or of political thought do not seem to be needed in the Department of History and Civilisation of the European University Institute, let alone legal and constitutional history. At this point, I even wonder whether the last reflection of my paper makes any sense for present and future historians in this European Institute: "To face evidence and achieve consciousness, the consciousness that begins to make the difference, history may work and help. I often wonder if we historians do". For both past and present, for the issue of this appendix too, wondering is certainly the method from which historians usually feel free.

influences, it would be useless. There is no prevision of challenge to members of the committee or of any other preliminary or posterior formal claim by the candidates. Even once you have been short-listed, even then, no right or remedy is granted. On my own and sole responsibility, I may always make use of my freedom of expression. At least you, kind reader, let me carry on and complete my report.

As for my application, I conceived the seminar as the opening gate into both the research project and teaching programs that I was offering. The former bore the following title: *Constitutional literature as performative culture, 18th-20th centuries. Europe and beyond*. Before the seminar, this project might have needed explanation (2). Afterwards, I do not believe it does. All of you know quite well by now what I am talking about when I say “constitutional”, “performative” or even “beyond”, beyond Europe. Still, let me add something referring to the reason of the proposal precisely to the European Institute and History Department.

Here you, Institute and Department, have a fine Babel of languages of which you do not seem to take sufficient advantage. You even tend to impoverish such a cultural richness confining yourself to English or French, although, theoretically, the working tongues in this European body are the eleven state languages of the European Union. And here your concern is not bureaucracy, but science. You may have students mastering not only those state languages, but also others that are not official here, from *Euskera* or Basque to *Saami* or Lapp along with some of which I do not even know the proper names. You may even receive non-European students with knowledge of non-European languages. That is an excellent milieu for collective research on the performative force of political conceptions through the extreme variety of European and non-European languages. To give another example, if you are not a native German, it is extremely difficult to study the political usages of the several *Germans* in the 18th and 19th centuries. Proposing and supervising theses in these fields, we researchers and professors could reach where I cannot dare to tread by myself, with only my personal work or with the sole assistance of students in a state University. When I wrote *Beati Dictum*, I could not do a good comparative job among all

(2) A written explanation had been required, so I had complied: “Constitutionalism is a cultural artefact. It is not only a matter of law and institutions. Constitutional culture is the discourse of the individual as subject of rights prior to the construction of the State as subject of powers. It is about the conception of the human being as social (i.e. not theological) stuff, as well as the translation of this premise into the legal and institutional realms. *Constitutionalism* is culture, culture that plays a normative role prior to the very norms and to the Constitution itself. The current research project focuses precisely on constitutional literature as performative culture; an issue of interest not only for past history, but further for our contemporary understanding and practice of constitutionalism...”, et cetera. Now we know.

the versions of the most important work on *oeconomy* all across early-modern Europe (*Bernardus super re familiari gubernanda*) from Swedish to Catalan and including many other tongues ⁽³⁾.

In my formal interview with the selection committee, I was interrogated about the appeal of my offer to the students in the Institute. Do I think that a demand exists in a Department of History for this kind of matter? Of course, I do not know, but some reflection perhaps is needed. First of all, I must say that I cannot jump over my shadow. I offer what I know or what I am able to know through my research. After more than thirty years in the works, I may have some confidence in the matter I choose and in the approach I follow, that is, in legal and constitutional issues through a linguistic and cultural turn. So I dare to say that if you think that there is not any prior interest for such matter and method in the Department of History and Civilisation of the European University Institute, it may be a problem for you rather than for me. You present professors and researchers ought to feel worried.

But I share your concern, of course. If I were to become professor here, the wanting interest also would be a serious problem for me. Anyway, as I said to you in our interview, I assume as a part of my work the challenge to create an interest where there is none and to foster it as best I can. As a professor, in the teaching and research market, I do not wish to be a consumers' client, but a creator of demand. I do not behave as a salesman in the students' store. So, with this responsibility in mind, I also tried to specify my proposal for courses of history before the selection committee.

I proposed the following menu as main courses for a choice: *Family and Republic: Oeconomical and political powers (16th-19th centuries)*; *Freedom's culture and social inequalities (17th-19th centuries)*; *Juries, judges and citizenship (17th-20th centuries)* or *Constitutionalism and*

⁽³⁾ After publishing *Beati Dictum*, I received news from Spanish archives about non-catalogued versions: *Apostilla al Beati Dictum: Cuatro traducciones catalanas, una aragonesa, otra más castellana y ninguna portuguesa*, in *Anuario de Historia del Derecho Español*, 66, 1996, pp. 927-931. Can you imagine the difference that a net reaching out from the fine Babel of the European University Institute could make? Regarding the *Beati Dictum*, let me refer to an elementary as much as disregarded methodological point that I exposed in the interview. The documentary falsehood (*Bernardus super re familiari gubernanda* was a fake) is not a criterion to ignore sources, specially when the credit of their content was oral rather than written, all of which may cast doubts on some of the conventional historiographical methodology: *Blasón de Bartolo y Baldón de Valla*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 25, 1996, pp. 573-616. In short, we historians must make use of the methodology belonging to the times we study, be it legal or theological, and not to any of present social sciences or approaches, be they Gadamerian or Foucaultian. This is an aspect of the anthropological way that I am going to explain, or only to remember if you are acquainted with my work, just below. My wish to become Blackstone the 18th century lawyer and not only his reader the 21st century historian is not a joke. The lenses of historiographical convention are not the eyes of historical meaning.

colonialism (18^e-20th centuries). At this point, after the seminar, they need no introduction. I also suggested the possibility of gathering together all these issues as a mixed recipe in a single course on cultural and institutional history of European and American constitutionalisms in the plural but related: *Comparative Constitutional History*. In addition, as appetisers suggestions I offered more instrumental or introductory kinds of courses such as this twin couple: *How law works in Euro-American modern history: Instruction manual* and *Who is afraid of political thought? Try the therapy of legal history*.

In my meeting with the committee, I insisted on the idea that the history I am advocating is not so much a part to be added to other partial histories as a way of access to plain history, the broad social history that does not ignore constitutive and structural moments. I am dealing with both the historicity of culture and the making of history through culture. The past is also a foreign or even an alien country. None of us has ever set foot in such a remote place. And we never will. Archives are not preterite times. Neither are libraries, of course. For want of a time machine, I try to research and teach like an anthropologist who is supposed to learn and handle others' languages and cultures in order to understand and explain alien societies ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ My initial interest in legal history was twofold: analysing the inner working of legal practices, such as primogeniture, and understanding the social incidences and economical functions of legal institutions, such as entailed property in consequence of primogeniture and beyond (*Mayorazgo: Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, 1974, Madrid, Siglo XXI, 1989). My motto was *Law and Society* or *Law in Society*. But I came to realise that my way of connecting both elements was rather mechanical and not precisely historical. I did not pay sufficient attention to the cultural moment of both legal mechanisms and social dynamics. So, I shifted to *Law in Society through Culture* and put the stress upon the medium, that is, on legal or jurisprudential culture (for presentations, *The Jurisprudence on Usury as a social paradigm in the history of Europe*, in Erk Volkmar HEYEN, ed., *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, pp. 23-36; *Úsura: Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1985; *Tantas Personas como Estados*, cited above). So, I undertook the task of the reconstruction of juridical thought in early modern Europe as a social transitive mentality in the anthropological way, in which anthropologists study alien cultures in order to access to alien societies, to each society through its own culture. I tested the approach in some of the working groups for the *Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte* founded by the late Helmut COING (H. COING and Knut Wolfgang NÖRR, eds., *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: Ein Forschungsprojekt*, Berlin, Duncker und Humblot, 1985; Lloyd BONFIELD, ed., *Marriage, Property, Succession*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pp. 215-254; Vito PIERGIOVANNI, ed., *The Growth of the Bank as Institution and the Development of Money-Business Law*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, pp. 191-224), but my cultural studies are mostly published in the *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* and the annexed *Biblioteca* founded and edited by Paolo GROSSI. However, I was somehow still unsatisfied. Like anthropologists, I also came to verify that law was not enough for access to society through culture. I realised that historical European juridical culture was not a round whole even in its legal

For definitive determination of my teaching offer, I told the selection committee that, of course, as a fresh professor there and an old one elsewhere, I would rely on them, on both faculty and alumni or researchers in the Department of History and Civilisation of the European University Institute. There is useful information on the internet from both sides (from the former: www.iue.it/HEC/teaching.html; from the latter, more casual and *alternative*: www.iue.it/Personal/Researchers/studrep/ap.html), but you need direct and lively academic communication to settle and program courses and thesis, your teaching and supervising work.

Raffaele Romanelli, Head of the Department and president of the committee, asked me, in the formal interview, about my concern with the history of the European Communities and Union. Could I deal with this matter if I became finally professor there? That is a good point. Otherwise, what is the use of a specifically European University Institute, an institution sustained by European citizens? That question on the history of the Union is also sensitive right there. I was aware that an authorised specialist belongs to the same department. Here he taught for three years and now he is back for a second period. I refer to Alan Milward, the economic historian.

The approach is quite known: Alan S. MILWARD, Frances M.B.

working. So I tackled other cultural forces historically relevant to social structure, such as religious scriptures and oral traditions on their own (*Beati Dictum* is posterior to *Antidora* or *Grâce du Don*, both cited above; about the turning point in historiographical perspective, let me remit you to *Religión y capitalismo*, in *Áreas: Geografía, Historia, Economía, Sociología y Antropología*, 10, 1989, *Debates recientes de historia económica*, pp. 17-24). I researched on and on in the direction of cultural rooting and cultural working of past law. I have dealt with past law, past religion, past economy, past culture, past society, *past* here meaning European early modern age. Now, to be honest, I must confess that my current research on constitutionalism is something like projecting my achievements for pre-constitutional culture to a following period, but a different system. As a matter of fact, I came to constitutional history for political reasons. As the Spanish dictatorship was coming to an end in the second half of the 70s, law schools were in need of constitutional training. Encouraged by the late FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (when you are not a servant, you can recognise masters: *Tomás y Valiente: Una biografía intelectual*, Milan, Giuffrè, 1996, *Pagina introduttiva* by Paolo GROSSI), I contributed with handbooks and courses on constitutional history without especial methodological concern on my part. As for me, teaching preceded research, which is the wrong way. In any case, as a citizen and not only as a scholar, I have come to be interested in constitutional culture as a way of access to constitutional institutions and practice, and also to plain society for Europe and America (*Happy Constitution* and *Ama Llunku*, cited above). Although there may be a common thread all along my more than thirty working years, as always dealing with *Law in Society*, I would rather define my present stance in a new way so to stress both objective and method. My current motto might be *Back to Grand Theory through Petty Theories*, back to macro-cultural convictions through micro-cultural indictments. That is what I offered and what I am doing. The pudding was there to be tasted, specially if one could read Spanish, which, although a secret detail, the majority of the selection committee could not.

LYNCH, Federico ROMERO, Ruggero RANIERI and Vibeke SORENSEN, *The Frontier of National Sovereignty: History and Theory, 1945-1992*, London, Routledge, 1993. Here you find a history of the European Communities reduced to the economical interests of the European States, lacking any significant trace of the historical force of constitutional and legal culture, namely freedom's law, for the current construction of Europe. Milward's bias is also well known. For reliable criticism, you may now resort to Michael BURGESS, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, London, Routledge, 2000.

What is the use of a chair in European History at the European History Department of the European University Institute if the History of the European Union you offer is Milward's history, so to say, a kind of history reduced to economic interests of bodies politic, states as nations, regarding Europe? If so, states themselves are enough. Of course, the problem is not the presence, even twice, of such an accurate scholar in history of economy, not of *oeconomy*, as Alan Milward. Nobody in the academic world could dare to think so, of course ⁽⁵⁾. The problem may be that hardly anybody in the European Institute seems to appreciate the additional or even primordial need of other kinds of European history such as cultural in general and constitutional in particular. Cultural matters, including *oeconomy*, are taken into account as mere accessories and not as necessary means for history. I know there are exceptions. They are precisely exceptional there, in the Department of History of the European University Institute.

To answer Romanelli's question, I reaffirmed my concern about the history of the European Union from the cultural and constitutional perspective, as the research project had tried to explain ⁽⁶⁾. Therefore,

⁽⁵⁾ I would not feel at ease in a History Department as the only historian for early modern Europe and the unique *oeconomist*, as this kind of double exception among the faculty. Check, for criticism, the cited section on *Les économies anciennes* in *Annales*, 59-6, 2001 (add Renata AGO, *Lecture rispettose e descrizioni pertinenti*, in *Quaderni Storici*, 100, 1999, pp. 105-120). As my cultural approach is controversial, I would rather prefer, at least for the sake of the students economy, to be escorted even by economic historians. In law schools, you get sufficiently used to the sort of people who are not concerned with anything beyond their own myopic professional matter. Even for legal history, you rarely find people paying attention to anything but law in the present acceptance and so with anachronistic implications regarding past times. Janet Coleman, who teaches in the Government Department of the London School of Economics, stressed this criticism against current economic and political history in her research and teaching projects for the chair in European History. Alan Milward proceeds precisely from the same centre, the London School of Economics.

⁽⁶⁾ Prudently, I had not made any reference to the point in my teaching programs, but I had done so in the written presentation of my research project: "Last but not least, the distinct way we, Europeans, understand the origin, the evolution and the horizon of constitutionalism (its past, present and future) has an unambiguous effect on the form we conceive the cultural, legal and political history of the integration of Europe (up to the very *événement* of the Union) from a historical perspective always marked by the

in the interview, I referred expressly to my deep disagreement with Milward's approach and I showed my disposal to the encounter in the teaching field. I asked the committee if they thought that the eventual shock would be exciting for the students or researchers in the Institute. I know that sometimes you have to resign yourself for the sake of academic peace, but I do not consider the simple juxtaposition of research and teaching projects of the several professors to be the best way to programme a postgraduate department. I am not so naive to think that, in the present case, the outcome of the selection has much to do either with the personal interview or with the teaching trials and offers, and still less with the respective background, but I must recognise that it was a very telling and even touchy form of answering.

Fortunately, there are indeed exceptions. You can detect signs of concern inside the very Department of History and Civilisation of the European University Institute. On 19 July 2001, the letter I received from the Head of the Department inviting me to apply enclosed a calling that described a profile for the chair: "The historian appointed should be someone who is capable of looking at developments in different countries and of adopting an innovative, comparative approach to the study of European History (...), a historian who is concerned with core issues in terms of European development and European identity, who is capable of relating historical concerns and methods to current issues and preoccupations, and who is at ease with an interdisciplinary approach to history". As the set of references goes beyond specialisation, past times and Europe (7), here we have a good

performative range. Similar to the process undergone by European States, the European Union does found itself neither exclusively nor primarily by means of its own explicit determinations, i.e. through legal texts and political processes. The material constitution-making of the Union, more evolved up to now than the formal one, is also the result of the cumulative and spill-over effect of a number of cultural evolutions, not always conscious, and hence not always controlled by current law and politics. We, Europeans, are in need of research, knowledge and conscience of the performative dimensions of our past and present cultures in the whole (*sic*). The normative set is neither the only nor the first one (Edward W. SAID, *Culture and Imperialism*, New York, Alfred A. Knopf, 1993)".

(7) I must concede that it is really hard to compare heterogeneous works, even counting on terms of reference, but you are supposed to do so sometimes. Now, when the case is closed and my appeal is to the public, this may be your task, kind reader, rather than mine, concerned author, one-man-jury and fourth-share-party, a fourth at least because I do not know how many people applied and were not short-listed. If you have arrived at this note, I dare to suggest to you, kind accomplice, a simple comparison, from the viewpoint of the terms of reference, between two recent collective volumes: Colin JONES and DOR WAHRMAN (eds.), *The Age of Cultural Revolutions: Britain and France, 1750-1820*, Berkeley, University of California Press, 2002; Pietro COSTA and Danilo ZOLO (eds.), *Lo Stato di diritto: Storia, teoria, critica*, Milan, Feltrinelli, 2002, including my contribution, pp. 537-565: *Stato di diritto, diritti collettivi e presenza indigena in America*, English translation forthcoming. As I am not taking your verdict for

identikit of what the Department is still in need of. Through the actual misruled and mismanaged procedures, it may be really hard to achieve. Like your image on the mirror, like your shadow on the floor, unchecked cooptation tends at the very least to reproduce current profile.

What is the use of announcing such sound criteria if you, Department and Institute, do not feel bound by them? You attract people that you are going to defraud. Let alone the outcome, you clearly do not seem to comply with your own guidelines from initial steps such as the choice of the external members of the selection committee. If you had, you would have at least taken into account linguistic skills to appreciate the work of all the candidates. For us candidates even the short-list was officially an encrypted issue until the schedule for the seminars was published a few days before. On seeing it along with your calling, I made a guess and failed completely. You seemed to be searching for something that you were lacking, such as history of political thought and culture, and not for anything lighter ⁽⁸⁾. If it was otherwise, the failure is on the side of your procedures. I know that for selection, even good Universities, specially non-public, follow this kind of *private* practice, but we are talking about the postgraduate centre of the

granted and my appeal is *to heaven*, as Locke would say, I insist on welcoming electronic comments: clavero@us.es.

⁽⁸⁾ Let us say, to simplify, that, on the threshold of the 21st century, all of us are post-modern and, to keep simplifying, that post-modernism is a move from class and economy to culture and analysis. The big problem comes when, to become a genuine post-modernist, you make the latter a substitute for the former, that is, when you forget about classes and needs in order to look at peoples and sexes. Anti-post-modernism, another post-modern way, follows you willingly. Then, you suffer easy criticism against setting ethnics, gender and multiculturalism where proletariat, revolution and socialism were and have now been lost. Critics presume the substitution together with supporters, the true post-modernist. But what is the use of alternative and choice? I mean that you need to be neither a loser nor a believer to appreciate cultural moments in human agencies and structures. You place, for instance, constitutive law where episodic politics reigned. On the contrary, genuine post-modernism put, for example, smiles and teeth where class and economy were. Of course, I do not think that the move from socialism to culturalism describes either the whole set or the mainstream of historiographical research today, but it is the hard trend to which I belong. Nowadays, maybe, we are in a soft-core season not only for historiography. Let us go legal and take a look at the 2000 European Charter of Fundamental Rights (www.europarl.eu.int/charter/default-en.htm): “The Union shall respect the cultural, religious and linguistic diversity” (art. 22). This is all about cultural rights in the plural. So, with that light phrasing, the European Union does not recognise any cultural right to non-European people even inside Europe. In order to compare, take a look also at the 1966 United Nations Covenant on Civil and Political Rights (www.unhchr.ch/html/menu3/b/a-ccpr.htm): “In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language” (art. 27). No doubt the present European legal scenario is more fitting for light social sciences, including historiography.

European Union. Please be aware, sensitive and responsible. You are the European University Institute Department of History and Civilisation.

No wonder, so far, that you are not a regular partner, let alone the centre, for European doctorates among other Universities. The European University Institute is certainly a good case to check the principle of subsidiarity as a basic rule of the European Union ⁽⁹⁾. What is the use of a European University if older Universities can do the job better, even for post-graduation, by sharing programs, organising nets, exchanging both students and professors, and therefore receiving European funds? So the present practice goes.

Obviously, the two roads may address the same objective. Of course, they are not uncongenial. But you, the European University Institute, are the part that must still find its proper place. An organ neither creates function nor assures reproduction. Human agency does so. It is up to you. As a fine Babel, not as an Anglo-French centre, you could construct your room with views. You are in need of a lower and a higher profile, of both simultaneously. You should be more humble and more ambitious; that is, on the one hand, more subsidiary and well disposed; on the other, more open and hard working. Whatsoever the sum of your personal credits may add up to, you have an authority to gain and to maintain as a faculty and as an institution. You need to be more demanding and more transparent. That is free advice from a disappointed candidate, although *persona grata*. Consider my concern *grâce du don* or even *antidora*, counter-gift. It is a presentation and a present with due gratitude, which is the meaning of the Greek word *antidora* (Tony Molho nods) ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ European Charter of Fundamental Rights: "The provisions of this Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers" (art. 51.1). This is not the occasion to discuss either the dubious normative nature of the European Charter or the particular belonging and complex embedding of the European University Institute in the European Union. A course on *Legal and Constitutional History of Europe from Communities to Union* in the History Department of the European University Institute might have offered the chance. There is bibliographical support to begin with, of course. To the cited *Building of Europe* by Michael BURGESS, add mainly a collection of papers of a former professor of the neighbouring Law Department, here in the same facility, the Villa Schifanoia, of the European University Institute: J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

⁽¹⁰⁾ Gratitude is willingly due to faculty, researchers and staff of the Department of History of the European University Institute not only for the twofold invitation to apply and lecture. In such a historiographical milieu lacking legal-historical training and even prejudiced against the interest of strict legal culture both for historians and for Europe, the colloquium in the seminar and the subsequent interview with the selection

Among encryptions and secrecies, looseness and opacity, pride and prejudice, you have the reasons why I referred to the contentious issue of lacking provisions for challenge and other remedies, including manners ⁽¹¹⁾. You need the cooperation of outsiders to control (in the proper constitutional acceptance) your own actions. It is a matter of both candidates' rights and Institutes' checks, and so of common responsibility for individuals and bodies. If not, how can you, a body, be confident and sure of the fairness of your own procedures and decisions? How can you prevent the appropriation of positions or *economical status* with modern spelling and post-modern understanding?

"In whose hands are the reins of government to be entrusted? To this the general answer is easy", we know Blackstone's insufficient question and useless reply. If sometimes we seem to keep in touch with early modernity, with bad old Enlightenment, it is due to our faults and not to the merits of all the former ⁽¹²⁾. After my post-modern experi-

committee were heedful and concerned. For this extended version of the whole paper, including sources, references and appendix, I benefit from those comments and from external readers. Allow me to name Julius Kirshner, Horst Dippel, Tony Molho, Rada Ivekovic, Txema Portillo and Janet Coleman.

⁽¹¹⁾ Personal messages from Steven Kaplan, Cornell University, 8 March 2002: "I explicitly requested to attend the sessions at Florence. I met with a surprising but emphatic rejection. I found the (paternalistic? bureaucratic? myopic?) quarantine detestable and disappointing. In the name of intellectual sociability and civility as well as transparency..."; and from Janet Coleman, London School of Economics, 11 March 2002: "The problem is not only the lack of academic transparency and a lack of intellectual rigour concerning what ought to be taught to European postgraduates...". Messages from Jean Mény, President of the European University Institute, 5 March 2002: "Allow me not to react to your comments on the outcome. As a member [of the selection committee] with voice but no vote, I feel that it would not be appropriate for me to do so"; and from Raffaele Romanelli, Head of the Department of History and Civilisation and president of the committee, 6 March 2002: "If I were a candidate, I would never distribute my own comments and my personal ranking after having attended the seminars of the others (having being the only one in doing so)". Message disseminating news from an anonymous source, 24 April 2002: "The Committee of Professors at EUJ/Florence last week rejected the nomination of Prof. Colin Jones to the Chair in the Department of European History and Civilization". On my part, I must confess the effective dissemination of an early version of this appendix via e-mail.

⁽¹²⁾ I am not even sure whether an ingenuous reference to the *appeal to heaven* "as Locke would say" (in the second *Treatise of Government*, 1690: www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm.) could generate and overlap some cultural complicity contrary to my own approach. And what of the case of the religious background of expressions such as *limbo* or *Babel* that I have also used? Neither in English nor in Spanish do I intend to exclusively address people at ease with such loose language as we are accustomed to. Indigenous, Afro-American and other non-European citizens may feel offended every time that constitutionalist discourse still resorts to John Locke as an intellectual authority. The racist legal approach of *Law of Nations* or *Droits des Gens*, such as Vattel's, came quite directly from him (B. ARNEIL, *John Locke and America*, cited above and in the written references for the seminar). "Don't you consider *liberal theory*

ence in the European University Institute, I feel worried, offended and ashamed not only as a European historian, but mainly as a European citizen. Relief and reward are my work and my liberty, that is, our free academy and our freedom's law.

from John Locke onwards an important historical source of constitutionalism?" is a question addressed to me, with emphasis, in the colloquium. Of course, the former, John Locke, was also a main partner, along with Thomas Hobbes, for the latter, Emer de Vattel. Both of them were con-text, and not only pre-text, for the Euroamerican constitutional moment of the 18th century. In fact, I use the good live editions of Cambridge University Press by Peter LASLETT (Locke's *Treatises of Government*, 1960) and Richard TUCK (Hobbes' *Leviathan*, 1996). For both the not so liberal stemming and the wounded feeling, you, my kind reader and accomplice, may check Robert WILLIAMS Jr., *Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law*, in *Arizona Law Review*, 31, 1989, pp. 237-278. As for myself, a male white European citizen, I am not concerned with impossible correction on our part, but with plausible respect towards others.

La dimensione giuridica

GERHARD DILCHER

RECHT OHNE STAAT - RECHTSDURCHSETZUNG
OHNE STAAT? ÜBERLEGUNGEN ZUR ROLLE
DER ZWANGSGEWALT
IM MITTELALTERLICHEN RECHTSBEGRIFF

1. Recht und Ordnung, Gewalt und Zwang im Mittelalter. — 2. Recht und Zwang ohne Staat. — 3. Die Rechtsgewohnheit als Tradition. — 4. Die gesellschaftlichen Formen der Erzwingung. — 5. Der Anspruch auf Monopolisierung der Zwangsgewalt: Die Lex Omnis 1158. — 6. Recht, Gericht und Spielregeln der Politik. — 7. Gewaltunterworfenheit und Freiheit, Stand und Staatsbildung. — 8. Zwangsgewalt durch Selbstbindung. — 9. Ergebnisse.

1. *Recht und Ordnung, Gewalt und Zwang im Mittelalter.*

Paolo Grossi hat nicht nur darauf insistiert, daß wir das mittelalterliche Recht als Recht ohne Staat denken müssen — er hat diesen gedanklichen und historischen Ansatz gleichzeitig zu einem vollen Bild des “ordine giuridico medievale” entfaltet ⁽¹⁾. Dabei wird deutlich, wie die Abwesenheit des Staates oder “incompiutezza del potere politico”, also die “Unvollkommenheit politischer Herrschaft”, weitgehende Folgen nicht nur sozialer und politischer Art, sondern auch anthropologischer, philosophischer und theologischer Natur hat. Gerade durch diese Folgen wird eine Reflektion des mittelalterlichen Rechtsbegriffs — d. h. auch seiner historischen Realität — von Bedeutung für die Gegenwart des Rechts: Die Kehrseite des Rechts des Alten Europa ist der Rechtsabsolutismus, der “assolutismo giuridico” der Moderne ⁽²⁾.

Wie in Italien so haben auch in Deutschland die Recht-

⁽¹⁾ PAOLO GROSSI, *L'Ordine giuridico medievale*, Bari 1995.

⁽²⁾ PAOLO GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 52). Milano 1998.

historiker, vor allem in ihren klassischen Werken um 1900, einen feststehenden "rechtsstaatlichen" Rechtsbegriff dem Mittelalter gleichsam untergelegt. So wie es Grossi für Italien in Bezug auf den Juristen Santi Romano ausführt, so hat für die deutsche Geschichts- und Staatswissenschaft vor allem das Werk des Historikers Otto Brunner den Ansatz geboten, die mittelalterliche Form politischer Herrschaft ohne Staatlichkeit zu denken ⁽³⁾. Brunner hat dabei Gedanken Otto von Gierkes, Max Webers und Carl Schmitts aufgenommen ⁽⁴⁾. Eines der Postulate Otto Brunners ist dabei, die Fehde als legitime Form der Gewalt in den mittelalterlichen Rechtsbegriff einzubeziehen, also das Fehlen des Monopols legitimer Gewalt (Max Weber) im Rechtsbegriff mitzudenken. Dieser Ansatz trifft sich voll mit der Forderung Paolo Grossis, mit dem Begriff des Staates die "effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione" zu verbinden ⁽⁵⁾.

Die deutsche Diskussion um den mittelalterlichen Rechtsbegriff ist in den letzten vierzig Jahren lange Wege gegangen, die hier nicht dargelegt werden sollen und können ⁽⁶⁾. Ein Gesichtspunkt ist dabei aber wenig mitgedacht worden, der des Rechtszwanges, der "coazione" in Paolo Grossis Formulierung; die Frage also, wie eine Rechtsordnung ohne staatliches Gewaltmonopol, angesichts privater Gewalt der Fehde, Geltung und Wirksamkeit erlangen kann. Ich versuche hierzu einige Gedanken, die ich zu diesem Thema auf einem Symposium des Frankfurter rechtshistorischen Graduierten-

⁽³⁾ OTTO BRUNNER, *Land und Herrschaft*, 1939, 5. Aufl 1965, Nachdruck Darmstadt 1973.

⁽⁴⁾ Und zwar Gierkes Idee der genossenschaftlichen Struktur der mittelalterlichen Gesellschaft, Max Webers soziologischen Ansatz bei der Herrschaft statt bei dem Staat, Carl Schmitts Definition des Politischen als Freund - Feindverhältnis.

⁽⁵⁾ L'Ordine giuridico S. 42.

⁽⁶⁾ FRITZ KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, zuerst in HZ 120, 1919, Nachdr. Darmstadt 1965 u.ö. GERHARD KÖBLER, *Das Recht im frühen Mittelalter*, Köln 1971. Zusammenfassend jetzt KARL KROESCHELL, *Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte*, in: ZRG GA 111 (1994) S. 310-329, aufbauend auf den Aufsätzen in KARL KROESCHELL, *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht*, Berlin 1995. - GERHARD DILCHER, HEINER LÜCK u. a., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlin 1992. - JÜRGEN WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, 2 Tlbd. Köln, Wien 1985.

kollegs entwickelt habe ⁽⁷⁾, zu skizzieren, in der Hoffnung den italienisch-deutschen und florentinisch-frankfurter Dialog dadurch weiterführen zu können, ein Dialog, der sich als Kontinuum durch die dreißig Jahre der Quaderni Fiorentini zieht.

2. *Recht und Zwang ohne Staat.*

Eine starke und immer noch wichtige Meinung unter den Juristen — und nicht nur unter ihnen — verbindet den Rechtsbegriff mit der Durchsetzung mittels staatlichen Zwanges ⁽⁸⁾. Recht wird von den anderen normativen Ordnungen von Brauch, Sitte, Moral, Religion gerade durch das Merkmal der staatlichen zwangsweisen Durchsetzung geschieden. Als einen — zweifellos guten — Zeugen für diese Meinung (oder letztlich diese Definition von Recht) läßt sich Immanuel Kant benennen ⁽⁹⁾. Er ist allerdings gerade dem modernen, rechtsstaatlichen Rechtsbegriff verpflichtet, den Paolo Grossi mit Recht für das Mittelalter ablehnt. Auch die Begründer der deutschen Rechtssoziologie, Eugen Ehrlich und Max Weber, wollten sich nicht auf diesen, für die gesellschaftlichen Wurzeln des Rechts untauglichen Rechtsbegriff einlassen, faßten vielmehr Recht — wie Grossi — als Ordnung auf und denunzierten den staatlichen Rechtsbegriff als aus dem Absolutismus hervorgegangen ⁽¹⁰⁾. Max Weber hat dabei ein Konzept entwickelt, dessen ich mich für meine Überlegungen bedient habe. Er bezeichnet nämlich als “garantiertes Recht” nur jene Ordnungen, bei denen die Chance besteht, es werde gegebenenfalls “um ihrer selbst willen”

⁽⁷⁾ Eine ausführlichere Fassung meiner Überlegungen erscheint unter dem Titel “*Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter*” in dem Tagungsband eines Symposium des Frankfurter Graduiertenkollegs Rechtsgeschichte: *Rechtsbegriffe des Mittelalters*, hg. v. ALBRECHT CORDES und BERND KANOWSKI. Lang Verlag Frankfurt a. M. ca. 2002.

⁽⁸⁾ Einen Überblick gibt die Aufsatzsammlung: *Begriff und Wesen des Rechts*, hg. v. WERNER MAIHOFFER, Darmstadt 1973.

⁽⁹⁾ IMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten* (ed. K. Vorländer 3. Aufl. Leipzig 1919 S. 36 Einleitung in die Rechtslehre § D: “Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden”).

⁽¹⁰⁾ EUGEN EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin 1913. 3. Aufl. 1967. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Studienausgabe* ed. J. Winckelmann, Tübingen 1980 u. ö. Im Folgenden zitiert WuG.

Zwang, also "Rechtswang", eintreten⁽¹¹⁾. Die "Zwangsmittel" und den "Zwangsapparat" knüpft er aber nicht an den Staat, sondern sieht jeden Durchsetzungszwang auch gesellschaftlicher Gruppen als hinreichend an. So sieht er gerade im Aufgebot von Sippe und Helfern in der mittelalterlichen Fehde einen solchen Zwangsapparat. Er wird damit auch der Ansicht gerecht, daß die Fehde für die mittelalterliche Ordnung eine Art der Selbsthilfe zum Recht mangels anderer gesicherter Durchsetzungsmöglichkeit dargestellt, also nicht einfach "rohe", sondern legitime Gewaltanwendung dargestellt habe. Die Rechtsdefinition Max Webers ist also geeignet, trotz der Einbeziehung des Elementes Zwang, auf mittelalterliches "vorstaatliches" Recht anwendbar zu sein.

3. *Die Rechtsgewohnheit als Tradition.*

Die mittelalterliche "Ordnung des Rechts" war eine ungeschriebene, orale Ordnung. Das galt vor allem für die Gebiete nördlich der Alpen, wo der Kulturabbruch am Ende der Spätantike besonders stark war und die Mentalität und Sozialordnung der germanischen Völker beherrschend wurde. Es gilt aber auch für den Mittelmeerraum, der nicht nur von germanischen Völkern überlagert wurde, sondern in dem auch die romanische Bevölkerung nach "Vulgarrecht" lebt. Aus diesen Rechtstraditionen bilden sich neue gelebte Rechtsordnungen.

In der deutschen Diskussion hat sich hierfür in letzter Zeit der Begriff Rechtsgewohnheit durchgesetzt, der bezeichnen soll, daß ein breiter Bereich von gelebten Gewohnheiten/Ordnungen besteht, aus denen das Recht sich speist, ohne daß alle diese Gewohnheiten als Recht angesehen werden müssen⁽¹²⁾. Diese Form des "Rechtes aus Gewohnheit" findet eine treffende Definition durch Gratian am Anfang des *Decretum*. Dort wendet er nämlich die, aus römischen Rechtsvorstellungen gewonnenen Rechts-

⁽¹¹⁾ WuG S. 182

⁽¹²⁾ GERHARD DILCHER, HEINER LÜCK u.a., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin 1992.

Auf meiner dortigen Erörterung: *Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem* baue ich im folgenden auf.

definitionen Isidors so ins Gegenteil, daß *consuetudo* nicht nur die Grundlage auch allen Schriftrechts sei, sondern er erhebt sie sogar zum *generale nomen* des Rechts, indem sie aus *moribus utentium* hervorgegangen sei. Gerade darum besteht ein analytisches Interesse, den Gebrauch der Gewohnheit als Recht von nichtrechtlichem oder vorrechtlichem Brauch abzugrenzen. Inwieweit ist etwa die Fehde bloße Rache, inwieweit wird sie als Selbsthilfe zum Recht angesehen; inwieweit ist die Sühne einer Tat durch *compositio* (Buße) einschließlich deren Höhe freier Brauch oder Ermessen der Beteiligten, inwieweit stehen sich verfestigende Rechtsvorstellungen dahinter? Das langobardische Recht vom Edikt Rotharis bis zur Rechtsprechung der späteren Könige zeigt meines Erachtens gerade diesen Weg, indem zunächst die Wundbußen zur Vermeidung der Fehde erhöht werden, später die Festsetzung des Wergeldes *secundum qualitatem personae* durch feste Wergelder abgelöst wird⁽¹³⁾. In meine Studie beziehe ich aber auch Blicke auf das Island der Sagas ein. Hier werden in einer ganz eigenartigen Literaturgattung, die nicht historisch genau sein, aber doch die innere Wahrheit der Frühzeit nach der Besiedlung und vor der Christianisierung schildern will, ein Bild von Ordnung und Streit, von Blutfehde, Sühneverträgen und Gerichtsgang in einer Gesellschaft ohne ein Königtum, aber mit einer Gerichtsorganisation (Thing) beschrieben.⁽¹⁴⁾ Es fehlt also an zentraler Herrschaft, nicht aber an einem Forum für das Recht.

⁽¹³⁾ Diese Zusammenhänge werden im langobardischen Recht besonders anschaulich. Dazu GERHARD DILCHER, *Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht*, demnächst in dem von JÜRGEN WEITZEL herausgegebenen Tagungsband *Hohelichtliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter* (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen Bd. 6) Köln etwa 2002 sowie G. DILCHER, *Überlegungen zum langobardischen Strafrecht: Der Bereich öffentlicher Sanktion*, In: FS. Klaus Lüderssen, Nomos Baden Baden 2002. s. 165-177

⁽¹⁴⁾ Eine heute wieder sehr beachtete, seinerzeit von der Rechtshistorie als zu "unjuristisch" kritisierte Darstellung brachte der Philologe ANDREAS HEUSLER, *Das Strafrecht der Isländersagas*. Leipzig 1911. Ihr folgen wir in unseren Bezugnahmen auf isländische Verhältnisse.

4. *Die gesellschaftlichen Formen der Erzwingung.*

Betrachten wir diese Verhältnisse vom Niedergang der staatlichen Gewalt des Römischen Reiches bis in die Höhe des Mittelalters im Westen insgesamt, so zeichnen sich fünf Wege ab, auf denen gesellschaftliche Normen zur zwangsweisen Durchsetzung gelangen und sich somit als Recht erweisen konnten.

1. Der erste, schon angesprochene Weg ist die Fehde. Sie stellt soziale Ordnung insoweit wieder her, als sie durch Rache, durch Vergeltung, Ausgleich für eine begangene Missetat, einen Rechtsbruch schafft. Insoweit wird sie auch als "legitime Gewalt" von den germanischen Gesellschaften akzeptiert, während etwa der heimliche Mord ein nicht fehde- und bußfähiges Vergehen darstellt. Hier zeigen sich also erste normative Vorstellungen, die dann bei der Sühne durch Bußzahlung an die Sippe des Verletzten dazu eingesetzt und fortentwickelt werden, das gewaltsame Fehdeverfahren in eine Schlichtung des Konflikts vor dem Gericht und mit Hilfe des Gerichts zu überführen. Wir stehen hier also an der Stelle, an der vorrechtliche (subjektive) Normvorstellungen sich in rechtliche (gesellschaftlich verbindliche) Normen wandeln. Das Aufgebot Bewaffneter (Sippegenossen und Helfer) zur Führung der Fehde kann also mit Recht als "Zwangsapparat" im Sinne Max Webers bezeichnet werden.

2. Ein urtümliches Verfahren, das sich in fast allen germanischen Rechten (und auch im archaischen römischen und anderen Rechten) findet, ist das sogenannte Handhaftverfahren⁽¹⁵⁾. Es richtet sich vor allem gegen Einbruch und Diebstahl. Der Betroffene ruft bei frischer Tat seine eigenen Leute, aber auch die Nachbarn herbei und verfolgt den Täter bis zur Festnahme. Der Täter darf dann rechtmäßig getötet oder gefesselt vor Gericht gestellt werden. Die Klage kann nicht mit formellen Beweismitteln abgestritten oder mit *compositio* gebüßt werden. Hier zeigt sich also eine Reaktion der Gemeinschaft, die diese selbst zum "Zwangs-

(15) Der ausführliche Artikel von DIETER WERKMÜLLER, *Handhafte Tat*, Handwb z. deutschen Rechtsgeschichte (HRG) Bd. I 1965-1973 enthält die für unseren Zusammenhang wichtigen Gesichtspunkte und Hinweise, auch auf die wichtige ältere Literatur.

apparat" macht und der deutlich sehr alte Rechtsvorstellungen zugrunde liegen.

3. Eine universale Form der Sanktionierung eines Verhaltens durch eine Gemeinschaft ist der Ausschluß aus derselben. Die Kirche, vor der konstantinischen Wende, nach derselben, aber auch im modernen säkularen Rechtsstaat, kennt diese Sanktion als Exkommunikation. Die germanischen Gesellschaften kennen sie als Acht oder Friedloslegung. Diese Sanktion kann in vor- oder nicht-staatlichen Gesellschaften — und nur in diesen finden wir sie — nur Wirkung haben, wenn alle diese Trennung der Rechtsgemeinschaft auch mitvollziehen. Die gesamte Rechtsgemeinschaft wird so zum Zwangsapparat.

4. Im Mittelalter wurden durchaus Zwangsmittel entwickelt zur Durchführung des gerichtlichen Verfahrens, für Ladung vor Gericht, Durchführung des Gerichtsverfahrens und Vollstreckung des Urteils. Dieser Gerichtszwang, das *ius distringendi*, ist zwar in den Quellen häufig erwähnt, hat aber noch nicht die Aufmerksamkeit der Rechtshistorie gefunden. Es wird vor allem dort genannt, wo Gerichtsgewalt (des Grafen) und Zwangsgewalt (des Grundherren) voneinander getrennt sind, in der Immunität. Wenn die Obrigkeit, die Herrschaft jedoch nicht über ein Gewaltmonopol verfügt, muß auch das Zwangsrecht im Rahmen des Gerichts unter dieser Unvollkommenheit, dieser *incompiutezza* leiden. Wer stark genug ist, kann sich dem Gerichtsweg entziehen und den Weg der "Selbstgewalt" gehen. Wir haben in der Tat genügend Zeugnis, daß die gerichtliche Ladung wie die Urteilvollstreckung immer ein prekärer Akt waren, wenn sie sich gegen einen Starken richteten. Acht und Bann sollen oft vor allem zur Erzwingung eines Gerichtsverfahrens dienen — man nimmt also das obengenannte Erzwingungsmittel hinzu, weil das *ius distringendi* als solches nicht ausreicht. Auch die Verbindung von weltlichem und kirchlichem Bann zeigt vor allem die Schwäche dieser Zwangsmittel an. — Auf die Bedeutung, die der *districtus* für die staufische Herrschaftskonzeption hatte, ist weiter unten noch einzugehen.

5. Schließlich schafft sich im Mittelalter jede "geschworene Gesellschaft" (Paolo Prodi) für die Durchsetzung ihres Rechtes einen eigenen, durch Eid verpflichteten Zwangsapparat aus ihren Mitgliedern. Das können wir einmal bei den Landfrieden beob-

achten, etwa dem ronkalischen Landfrieden Friedrich Barbarossas von Roncaglia 1158. ⁽¹⁶⁾ Nicht die Verkündigung als “ediktalisches Gesetz”, sondern die Vereidigung aller von den Fürsten und Obrigkeiten bis zu den Plebanen gibt dem Frieden Verbindlichkeit, und parallel dazu werden alle durch ihren Eid verpflichtet (*iureiurando obstringantur*), den Frieden zu schützen und zu rächen (*vindicare*). Letzteres ist zweifellos eine fehderechtliche Formulierung, die Friedens-Eidgenossen stellen also einen Zwangsapparat wie Fehdeführende gegen den Friedensbrecher. Bei den lombardischen Städten der ersten Kommunebildung im 12. Jahrhundert ⁽¹⁷⁾ findet sich die Formulierung: *consulatum more solito habeant, sub quo homines cuiusque civitatis vel comitatus ad iustitiam faciendam se dstringant*. Es handelt sich also um einen autonom begründeten Gerichtszwang unter den selbstgewählten Konsuln. Diese Zwangsgewalt ist auf den Bürgereid begründet: *ex districtio sacramenti*. Das genaue Bewußtsein von der Besonderheit der gerichtlichen Zwangsgewalt und der Notwendigkeit, sie genau zu legitimieren, spricht aus diesen Formulierungen.

5. *Der Anspruch auf Monopolisierung der Zwangsgewalt: Die Lex Omnis 1158.*

Die Zwangsgewalt wurde in mittelalterlichen Urkunden, wie wir sahen, durch das *ius dstringendi* ausgedrückt. Als solches findet es sich meist in Immunitätsurkunden. Das grundsätzliche Problem der legitimen obrigkeitlichen Gewalt und ihrer Grenze an der “Selbstgewalt” der Fehde wird dabei aber nicht berührt. Darum findet es sich auch nicht in den rechtshistorischen Lehrbüchern.

Doch wird das Problem in einer der großen Gesetzgebungsakte des Mittelalters angesprochen: in der ronkalischen Gesetzgebung Friedrich Barbarossas, in der er mit Hilfe der Bologneser Doktoren nicht nur die Verfassungsverhältnisse Italiens ordnen, sondern auch das Programm der staufischen *Renovatio* nach dem Vorbild des

⁽¹⁶⁾ MGH, Dipl. Friedrich I nr. 241.

⁽¹⁷⁾ GERHARD DILCHER, *Die Entstehung der lombardischen Stadtkommune*, Aalen 1967. S. 176 u. Stichwortverzeichnis unter *districtus*.

antiken Kaisertums umsetzen will. Hier stellt er in einem jener Gesetze, deren Gestalt wir heute durch die Entdeckung Vittore Colornis klar erkennen können, fest: *Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est* ⁽¹⁸⁾. In der Trennung von *iurisdictio* und *districtus*, von Gericht und Zwangsgewalt zeigt sich deutlich die mittelalterliche — und nicht die antike — Auffassung, der ein staatliches Zwangsmopol gerade nicht selbstverständlich ist. Es ist an die oben erwähnten Formulierungen aus dem Kreis der lombardischen Kommunen zu erinnern, die die Zwangsgewalt gerade aus ihrer autonomen Eidesbindung ableiteten; und gegen sie richtete sich vor allem die Formulierung von Roncaglia.

Barbarossa beansprucht also nach dem Vorbild römischer Staatlichkeit in der *Lex Omnis* das Monopol legitimen Zwanges neben der obersten Gerichtsbarkeit. Schon der gleichzeitig verkündete Landfriede zeigt aber, daß dies nicht den Strukturen der mittelalterlichen Gesellschaft entspricht, und daß der Gesetzgeber Barbarossa sich dessen auch bewußt war. Wir haben soeben an die Vereidigung erinnert, durch die Großen, die „Gewalthaber“, wie die Bürger und kleinen Leute als „Zwangsgesetzgeber“ für die Durchsetzung des Friedens verpflichtet werden (*iureiurando obstringantur*). Die Gesellschaft selbst soll also ihre Ordnung herstellen, die Macht des Kaisers bleibt insofern mehr Rhetorik (*„Tu lex viva potes dare, solvere, condere leges“*). Der Friede von Konstanz von 1183 bringt in Bezug auf die Stadtkommunen eine erste, mehr formelle Lösung, indem die Kommunen eine Delegation der Amtsgewalt ihrer Konsuln vom Kaiser akzeptieren, ihre innere Autonomie davon aber wenig berührt wird ⁽¹⁹⁾.

6. *Recht, Gericht und Spielregeln der Politik.*

Eine weitere Frage betrifft das Verhältnis von gerichtlichem

⁽¹⁸⁾ Dipl. Friedrich I nr. 238.

⁽¹⁹⁾ Dazu demnächst ausführlicher GERHARD DILCHER, *Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken – Rechtskonzeptionen als Handlungshorizont der Italienpolitik Friedrich Barbarossas*, demnächst in der HZ und italienisch im Tagungsband *„Il Secolo XII: La Renovatio dell'Europa“* in der Reihe der *Annali dell'Istituto Italo-Germanico* in Trient.

Verfahren zu den "Spielregeln der Politik" (20) und beider zu dem normativen Bereich, den wir mit Ordnung und Rechtsgewohnheiten bezeichnet haben. Bei alledem geht es um Konflikt und Konfliktbereinigung, Wiederherstellen gestörter sozialer und/oder politischer Ordnung.

Hier nun ist deutlich, daß bei den den Formen und Ritualen der "Spielregeln der Politik" auf den Einsatz der Zwangsgewalt des Königs verzichtet wird, vielmehr auf anderen Wegen, unter Einsatz der von Gerd Althoff analysierten Inszenierungen, ein Konflikt gelöst und Ordnung wiederhergestellt werden soll. In der überwiegenden Zahl der Fälle handelt es sich um Konflikte zwischen dem König und einem der hochadligen Großen des Reiches. Der König wählt in diesen Fällen also einen Weg der Konfliktbereinigung, auf dem er seine in diesem Bereich stets fragliche Zwangsgewalt nicht auf die Probe stellen, er außerdem nicht die Rechtsüberzeugung von Urteiler und Rechtgenossen im Hofgericht erfragen muß. Wie mühsam jener gerichtliche Weg für den König sein konnte, zeigt die Analyse des Verfahrens vor Barbarossa gegen Heinrich den Löwen, das dann dank sorgfältiger politischer Vorbereitung und Einhaltung aller Formen des land- wie des lehnrechtlichen Verfahrens zur Verurteilung des Herzogs (wegen Ladungsungehorsams!), Lehnverlust und Verbannung führte (21). Wie ich an anderer Stelle zeigen konnte, zeigte der Staufer eine gleiche Sorgfalt im Verfahren vor Reichsversammlung und Hofgericht in Italien, als es um die Bannung Mailands im Sommer 1158 ging (22). Die Abgesandten der lombardischen Metropole sahen sich hier zu ihrem Erstaunen einem Prozeß *stricti iuris* ausgesetzt, statt über Buße und Wiederaufnahme in die Huld des Herrschers verhandeln zu können. Neben der korrekten Durchführung des

(20) Das Thema ist entwickelt von GERD ALTHOFF, *Spielregeln der Politik im Mittelalter. Kommunikation in Friede und Fehde*. Darmstadt 1997. Dazu eine Kritik von rechtshistorischer Seite von JURGEN WEITZEL, ZRG germ. Abt. 117 (2000) S689 ff.

(21) KARL HEINEMEYER, *Der Prozeß Heinrichs des Löwen*, in: *Der Reichstag von Gelnhausen*, hg. v. HANS PATZE. Marburg- Köln 1981 (auch in BDLG 117 (1981), S.1 - 16.

(22) GERHARD DILCHER, *Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken* - Rechtskonzeptionen als Handlungshorizont der Italienpolitik Friedrich Barbarossas, wie Anm. 19.

Verfahrens (mit peremptorischer Ladung nach römischem Recht) hatte Barbarossa sich der Gewinnung eines ausreichenden militärischen Zwangsapparates zur Belagerung und Niederwerfung Mailands versichert — neben seinem eigenen Heeresaufgebot bestehend aus den italischen Verbündeten, vor allem den städtisch-kommunalen Gegnern Mailands. Die Rechnung ging auf, die Belagerung Mailands war erfolgreich. Dem Sieg des Kaisers folgte die durch rituelle Unterwerfung dargestellte Anerkennung des erhobenen Rechtvorwurfs des Majestätsverbrechens durch die Mailänder, in Form der abgesprochenen *deditio*, zu der u. a. das Schwert am Halse der Honoratioren, die Schlinge an dem der Bürger als Zeichen der verdienten Todesstrafe bei der demütigen und demütigenden Prozession gehörte. Gerade dies bedeutete also Anerkennung der staatlichen Hoheit, von Gerichts- wie Zwangsgewalt in der Hand des Kaisers.

Vermutlich würde sich auch in anderen Konfliktfällen erweisen lassen, daß nicht nur die Einschätzung der zur Verfügung der Parteien stehenden militärischen Machtmittel, sondern auch die Schwere und Art der vorgeworfenen Normverstöße, also die "Rechtsfrage", die den vereinbarten Formen der Konfliktbeilegung nach "Spielregeln" zugrunde lag, für die Möglichkeit und Art der rituellen Beilegung von Bedeutung war. ⁽²³⁾ Davon unberührt bleibt aber die Frage nach den leitenden normativen Maßstäben, die der Konfliktbeilegung zugrunde liegen. Davon unberührt bleibt auch das Funktionieren und die Funktionen von Gerichten in den Bereichen der Gesellschaft, in denen die Wirksamkeit einer obrigkeitlichen, eventuell auch genossenschaftlichen Zwangsgewalt schon sicher begründet ist. Wenn die Inszenierungen der Streit-

⁽²³⁾ Das Ineinanderspielen der Möglichkeiten der Vermittlung und Schlichtung, des Schiedsverfahrens und der Möglichkeit eines Gerichtsverfahrens wird gesehen von HERMANN KAMP, *Friedensstifter und Vermittler im Mittelalter*. (Symbolische Kommunikation in der Vormoderne, hg v. Gerd Althoff u. a.) Darmstadt 2001. Normtheoretisch schärfer und genauer geht STEFFEN PATZOLD, *inter pagensium nostrorum gladius vivimus. Zu den "Spielregeln" der Konfliktführung in Niederlothringen zur Zeit der Ottonen und frühen Salier*, in: ZRG GA 118 (2001) S.58 – 99 vor, der die Wahlmöglichkeit des Gerichtsweges und damit rechtlicher Normen immer im Hintergrund sieht. Unter den Historkern selbst bahnt sich also eine stärkere Berücksichtigung der rechtlich-normativen Hintergründe der "Spielregeln" an.

beilegung auf Mittel wie "Empörung, Tränen, Zerknirschung" (24) zurückgreifen können, so zeigt dies freilich auch, wie wenig der Rechtsbereich als abstrakt-normatives Modell von Tatbestand und Rechtsfolge aus den allgemeinen Lebensnormen und Lebensformen, einschließlich der Darstellung menschlicher Emotionalität, ausdifferenziert ist. Zu vergessen ist dabei nicht, daß zu dieser Zeit die Sühne von Rechtsbrüchen unter Freien keineswegs in Bestrafung, sondern in der Erbringung einer Buße bestand. Gerade unter der Herrschicht des Hochadels konnte da eine symbolische Handlung, die die Rangverhältnisse neu festigte, mehr Bedeutung besitzen als Übertragung materieller Werte, der üblichen Form der *compositio*.

7. *Gewaltunterworfenheit und Freiheit, Stand und Staatsbildung.*

Bei der Gewaltunterworfenheit handelt es sich aber auch um eine ständische Frage. Während die Rechtskonzeption des frühmittelalterlichen Stammesrechts wie des hochmittelalterlichen Landrechts die gesamte Gesellschaft (der Freien) umfaßte, setzte sich die Wirksamkeit von obigkeitlicher Zwangsgewalt gegen autonome Selbstgewalt nur langsam von unten nach oben durch. Während in der Frühzeit jeder Freie den Weg der Fehde gehen konnte (in dem akephalen Island der Sagazeit geschieht dies bekanntlich in exzessiver Weise (25)), ist dies am Ende des Mittelalters ein, schon vielfach eingeschränktes, Vorrecht des ritterlichen Adels. Um dem Hochadel eine Unterwerfung unter Gerichtsgewalt zu ersparen, wurde vom Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert neben das Gerichtsverfahren der formell freiwillige, d.h. nicht gewaltunterworfenene Austrag (die Austrägalinstanz) (26) gestellt — ein Zeichen für die Zähigkeit, mit der der Adel an dem Rest von

(24) So ALTHOFF, *Spielregeln* S. 258 ff.

(25) Lohnend nach wie vor ANDREAS HEUSLER, *Das Strafrecht der Isländersagas*. Leipzig 1911.

(26) Vgl. F. MERZBACHER, Art. *Austrägalinstanz*, HRG I 273 f. Der kurze Artikel gibt wenigstens ansatzweise die große grundsätzliche Bedeutung einer Institution des Fürstenrechts wieder, die sich vom Spätmittelalter bis in den Deutschen Bund gehalten hat. Im LexMA fehlt das Stichwort.

Autonomie gegenüber obrigkeitlicher Gerichts- und Zwangsgewalt festhielt.

Damit sind wir vielleicht an einer Kernvorstellung der aus den germanischen Völkern hervorgegangenen Gesellschaften, daß nämlich die vorbehaltlose Unterwerfung unter obrigkeitliche Gewalt etwas Standes- und Freiheitsminderndes sei, gelangt. Noch Eike von Repgow sieht die Unfreiheit begründet in Zwang, Gefangenschaft und unrechter Gewalt⁽²⁷⁾. Wer, wie wir sahen, auf ehrloser Tat (nicht aber offener Tötung!) ergriffen wird, oder als Wiederholungstäter bösen Leumund hat, verliert mit seinem Ansehen, seiner Ehre dieses Freienrecht. Die langsame Ausbildung obrigkeitlich-staatlicher Herrschaftsformen setzt also bei der Unterwerfung unter eine unbedingte Zwangsgewalt bei den unteren Schichten der Gesellschaft an, den Unfreien der Grundherrschaft, nur mit langsamer Einbeziehung der Freien, während der Hochadel diese Unterwerfung lange vermeiden kann. Darum mußte das Reichskammergericht als Friedensgericht des Reiches auch als Institution der Reichsstände geschaffen werden, damit die Gerichtsgewalt aus der eigenen Genossenschaft hervorging..

Es ist andererseits keineswegs verwunderlich, wenn wir der gerichtlichen Zwangsgewalt des *districtus* mit der Ausdehnung der Grundherrschaften und damit von Formen der Unfreiheit zunehmend schon in fränkischer Zeit begegnen. Die Frage, ob Gebots- und Zwangsgewalt (und auch peinliches Strafrecht!) ihren Ursprung in einer Disziplinargewalt des Herren über Unfreie hat, kann hier natürlich nicht ausdiskutiert werden. Doch taucht das *ius distringendi* deutlich und früh für die Herren der Immunitäten, also großer organisierter Grundherrschaften, auf. Gleichzeitig besagen die entsprechenden Urkunden auch einen Ausschluß der entsprechenden Gewalt des Grafen, also des Inhabers der Gerichtsrechte über die Freien. Der Frage nach deren Ursprung kann hier nicht mehr nachgegangen werden — war sie aus der Volksgerichtsbarkeit unter Leitung des Adels hervorgegangen oder leitete sie sich von einer Steigerung der germanischen Königsrechte unter dem Vorbild des römischen *imperium* ab? In der karolingischen Grafschaftsverfassung war Gericht(-svorsitz), Bann und Zwangs-

(27) In der berühmten Freiheitsstelle Sachsenspiegel Landrecht III, 42, 6.

gewalt miteinander verbunden. Ähnlich finden wir es, noch oder wieder, im Sachsenspiegel. Allerdings sagen uns die normativen Quellen mit ihren Aussagen zu Recht und Gericht nicht genug über die Bereiche, in denen Zwangsgewalt nicht besteht, sondern Raum für Selbstgewalt ist.

8. *Zwangsgewalt durch Selbstbindung.*

Nur von dieser offenen Lage her läßt sich begründen, warum dann der große Schritt der Gewalteinschränkung im 12. Jahrhundert so sehr unter dem Zeichen der Selbstbindung, der Verwillkürung steht. In den Landfrieden wie den Stadtfrieden bildet die eidliche Verwillkürung der Rechtsgenossen die unentbehrliche Grundlage, die herrschaftliche Gebotsgewalt (des Königs, des Rates) ist eher eine Form von Überbau. Wir sahen das im ronkalischen Landfrieden Barbarossas. In den städtischen Kommunen entsteht durch die Verwillkürung der Bürger sogar ein ganz eigener Strang der Gerichtsbarkeit neben der traditionellen, in Italien der Konsuln, in Deutschland des Rates. In Italien wird sie erst im Frieden von Konstanz 1183 formell mit der Gewaltdelegation vom König verbunden, unter Wahrung der städtischen Autonomie⁽²⁸⁾. In Deutschland stehen die landrechtliche (königliche) und die städtisch-bürgerliche Ratsgerichtsbarkeit oft lange Zeit nebeneinander als unterschiedliche Systeme von Gewaltbefugnis, Gerichtsbarkeit und materiellem Recht⁽²⁹⁾. Die städtisch-kommunale Ordnung setzt nicht nur ein viel dichteres System von materiellen Rechtsregeln (Statuten, verwillkürtes Stadtrecht) in Wirksamkeit, sondern beruht eben auf der selbstgeschaffenen Zwangsgewalt (*districtus sacramenti*) und bietet überdies die eidlich verpflichteten Bürger als Kontroll- und Zwangsapparat gegen jeden Übertreter auf. Eine wichtige Grundlage hierfür ist, daß das Sippenrecht und die Sippenpflicht der Rache, Fehde- und Rechtshilfe durch die eidliche Bruderschaft der Bürgerschaft abgelöst und, im dreifachen Sinne

⁽²⁸⁾ Friede mit dem Lombardenbund, MGH D F I nr 848, c. 8.

⁽²⁹⁾ GERHARD DILCHER, *Die Rechtsgeschichte der Stadt*, in BADER-DILCHER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin-Heidelberg 1999 S. 583 ff. (Das Gericht in der Stadt).

Hegels, aufgehoben wird ⁽³⁰⁾. Eine neue Form der Rechtsgenossenschaft ist dadurch entstanden. Max Webers Einsicht, daß hinter der mittelalterlichen Kommune die christliche Überwindung aller blutsmäßigen und rituellen Schranken in der Gemeinde steht (für Weber das paulinische Ereignis von Antiochien) ⁽³¹⁾, eröffnet uns die Erkenntnis der grundsätzlichen Bedeutung dieses historischen Schrittes, auch für die moderne Staatsbildung. Die Reste segmentärer Selbstgewalt konnten so auf das Gemeinwesen übergehen, ohne daß dies als Status- oder Freiheitsminderung galt.

Nicht so verpflichtend, aber doch strukturell ähnlich verhält es sich mit dem Landfrieden. Er schließt die Fehde nicht ganz aus (nimmt aber den Bauern größtenteils das Waffenrecht). Der Friedensbrecher, wie auch der, der sich vom Frieden ausschließt indem er ihn nicht beschwört, wird zum Feind der Friedensgemeinschaft, die den Friedensbruch an ihm "rächt". Die Eidgenossenschaft des Friedens stellt auf diese Weise gleichzeitig den Zwangsapparat zur Durchsetzung des Friedens — ein anderer stand ja vor den Zeiten des frühmodernen Staates nicht zur Verfügung.

Im Vorgang der Bildung eines staatlichen Zwangsmonopols ist also nicht nur eine obrigkeitliche Appropriation der Zwangsmittel wirksam — man konnte sich ja noch nicht auf eine ausreichende Grundlage an bedingungslos zur Verfügung stehenden Machtmitteln stützen. Vielmehr steht in einer entscheidenden Phase der genossenschaftliche Verzicht auf "Selbstgewalt" in Stadt und Land. Der an deren Stelle gebildete genossenschaftliche Zwangsapparat wird dann aber in Spätmittelalter und Neuzeit durch den bürokratisch-polizeilichen des Staates übernommen ⁽³²⁾.

Das Recht erhält durch diese Verschiebung im Bereich des Durchsetzungszwanges selber eine andere Qualität. Es erscheint an

⁽³⁰⁾ DILCHER, a.a.O. S. 496 f. (4.c. Haus, Familie, Individuum).

⁽³¹⁾ *Max Weber und die Stadt im Kulturvergleich*, hg.v. HINNERK BRUHNS u. WILFRIED NIPPEL. (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft Bd. 140), Göttingen 2000; dort S. 107 ff.: THOMAS SCHMELLER, *Das paulinische Christentum* etc., sowie S. 119 ff. GERHARD DILCHER, *Max Webers Stadt* etc., zum Thema bes. S. 126 u. 138.

⁽³²⁾ Diesen Vorgang analysiert in seiner Vielschichtigkeit WOLFGANG REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*. München 1999. Hierzu bes. unter IV. Machtmittel und Machtpolitik.

den Staat gebunden. Nun verwundert es nicht, daß als notwendige Form des Rechts bald die staatliche Gesetzgebung (Kodifikation) erscheint. Dementsprechend kann sie nun sogar als eigentliche Quelle des Rechts angesehen werden (Gesetzespositivismus). Dem Alten Europa jedoch sind solche Ansichten fremd, auch wenn fürstliche Gesetzgebung und obrigkeitlicher Durchsetzungszwang im Rechtsleben seit dem Hochmittelalter einen immer größeren Platz einnehmen.

Wir sind damit zu der Bedeutung zurückgekehrt, die die Konzentration von Recht und Staatlichkeit im fürstlichen Absolutismus für den Rechtsbegriff hatten — Beobachtungen der Rechtssoziologen Eugen Ehrlich und Max Webers, des Rechtshistorikers Paolo Grossi und schließlich des Historikers Wolfgang Reinhard von einer anderen Seite her bestätigend.

9. *Ergebnisse.*

Was wollen diese oft mehr hypothetischen Überlegungen zum Rechtsbegriff sagen?

Ihr Ansatzpunkt war es, das Merkmal zwangsweiser Durchsetzung, stärker als bisher geschehen, analytisch für die Klärung jener Fragen zu nutzen, deren Beantwortung sich oft in hermeneutischen Verstrickungen zwischen dem heutigen Beobachter und der Fremdheit des Ganz-Anderen des Mittelalters verfangen hat: Statt der unmittelbaren Argumentation vom heutigen Rechtsbegriff zu dem der Rechtsgewohnheit soll ein empirisch feststellbares Merkmal genutzt werden. Dieses Merkmal, die Chance der Erzwingung, ist rechtstheoretisch begründet, wenn es darum geht, Recht von nichtrechtlichen Ordnungen und Normen zu unterscheiden. Es ist selbst nicht normativ, sondern gehört dem empirisch Feststellbaren an. Es ist insofern genügend differenziert und auf vorstaatliche Verhältnisse anwendbar (und damit analytisch griffig), als es, mit Max Weber, nicht nur auf obrigkeitlichen Zwang abstellt.

Auf diese Weise sollte der inzwischen als topisches Hilfsmittel in der Mittelalterwissenschaft breit akzeptierte Begriff der Rechtsgewohnheit analytisch besser durchdrungen und handhabbar gemacht werden. Mit ihm sollte ja gesagt sein, daß aus einer gelebten Ordnung (Gewohnheit) gewisse Teile — je und je — zur “Her-

stellung” von Recht, etwa in dinggenossenschaftlicher “Rechtsfindung”, dienen konnten, ohne daß man die zugrundeliegenden Richtigkeitsvorstellungen und Wertungen insgesamt als Recht bezeichnen könnte oder müßte (eine Ausdifferenzierung eines Bereiches Recht hat auf der normativen Ebene noch nicht stattgefunden). Eine weitere charakteristische Eigenschaft der Rechtsgewohnheit, ihr “Aggregatzustand” der Oralität, begründet die fehlende Ausdifferenzierung sehr gut und erschwert ihre historische Erfassung überhaupt. Sie wird ja quellenmäßig erst faßbar, wenn sie verschriftlicht — und damit in einem anderen Aggregatzustand — zutage tritt, entweder als *consuetudo redacta in scriptis*, also als normative Aussage, oder als Wertungsgrundlage eines berichteten Einzelfalles. Anders als in der historischen Forschung, können im Bereich der Ethnologie auftretende Rechtsgewohnheiten eventuell durch Befragung von Auskunftspersonen durch den Forscher weiter geklärt werden, wie es etwa beim indonesischen Adat-Recht geschieht, typischerweise auch hier in der Konfrontation einer Ordnung der Lebenswelt mit staatlich gesatztem Schriftrecht.

Durch die an Max Weber angelehnte weite Definition von Zwangsgewalt war es möglich, neben dem im dinggenossenschaftlichen Gericht “hergestellten” Recht (Weitzel: *mit rechte*) weitere Bereiche zu untersuchen, in denen zur Durchsetzung normativer Vorstellungen Zwang angewandt wird — ein Zwang der beansprucht, “rechtmäßig” zu sein. Im europäischen Mittelalter verbreitet war die Erzwingung von Sühne für eine Verletzung von “Rechten” im Wege der Fehde, die unmittelbare Verfolgung eines Rechtsbruchs im Handhaftverfahren, die Sanktion des Ausschlusses aus der Rechtsgemeinschaft, erst als fortgeschrittenere Stufe die Erzwingung eines Gerichtsurteils. In all diesen Fällen geht es bei der Erzwingung um öffentliches Handeln innerhalb vergesellschafteter sozialer Verbände. Dieses Handeln wird von einem jeweiligen “Zwangsapparat” aktiv getragen, gleichzeitig von der Rechtsgemeinschaft insgesamt, zumindest generell, als legitim angesehen. Den Zwangsapparat im Falle der Fehde stellen die Sippenossen und Helfer, im Handhaftverfahren die Betroffenen und die Nachbarn, bei Acht, Friedlosigkeit, Exkommunikation ist es die Rechtsgenossenschaft als Ganzes. Beim Gerichtsurteil

muß hinter dem Richter und seinem meist nur rudimentären Erzwingungsstab bei vorstaatlichen und frühstaatlichen Verhältnissen ebenfalls die Rechtsgenossenschaft stehen — die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ladung und Acht zeigen gerade dies.

In all diesen Fällen wird deutlich, wie der Schritt von der subjektiven Überzeugung des Verletzten, im Recht zu sein, zu einer intersubjektiven, allgemeineren Wertvorstellung, die Grundlage dieses Handelns ist, schon vollzogen ist, wenn zur Durchsetzung Zwang angewandt wird. Das kann als der Moment der Bildung rechtlicher Normativität angesehen werden. Die Notwendigkeit zu entscheiden, Zwang anzuwenden oder wenigstens seine Anwendung als legitim zu akzeptieren, kann also gerade im Bereich oraler Kulturen als Auslöser von Rechtsbildung angesehen werden. Dabei ist es nicht notwendig, daß diese Normativität in allen entsprechenden Fällen durchgesetzt und daß sie überall gleich durchgesetzt wird — zumal dies ja weitgehend Sache des Verletzten ist. An dieser Stelle setzen wohl die weiterführenden Überlegungen von Jürgen Weitzel in diesem Bande zu “relativem Recht” und “unvollkommener Rechtsgeltung” ein.

Die Nahtstelle von “reiner” Rache — oder auch übermütiger Gewalt — zur Fehde entspricht nun wohl dem Übergang vom Vorrechtlichen zum Rechtlichen in unserem Verständnis. Fehde ist demnach Todfeindschaft, die sich im Rahmen intersubjektiver normativer Vorstellungen vollzieht. Als Selbsthilfe entspringt sie aus dem subjektiven Gefühl, in seinem “Recht” verletzt zu sein. Die Regeln der Sühneverhandlungen außerhalb oder im Gericht, die Achtung von “Sonderfrieden”, nichtfehdefähige Fälle, Gerichtsverfahren und Acht, schließlich die Einschränkungen der Fehde von den Reichen der Völkerwanderungszeit bis in die Landfriedensbewegung zeigen die Fehde als zunehmend eingehegte Institution. Ein aufschlußreiches Beispiel bietet das akephale Island der Sagas in der “strukturellen Wahrheit” dieser Literatur, gerade in Bezug auf Totschlag, Fehde, Versöhnung durch Buße, Gericht und Acht. In den Bußkatalogen der Leges schließlich wird der (oft mit einem germanischen Rechtswort bezeichnete) normative Tatbestand des Rechtsbruchs mit der Rechtsfolge einer fixierten (oder vorgeschla-

genen?) Buße verbunden. Rechtsbruch, Form der Sühne und ihre Erzwingung sind also deutlich zu trennen.

Gerade die Bezugnahme auf den Rechtszwang ermöglicht es so, hinter den verschiedenen Formen der Durchsetzung (die oft situativ und je nach Konstellation zum Einsatz kommen) gemeinsame normative Vorstellungen zu erkennen darüber, was ein Rechtsbruch, und damit was Recht sei. Damit stand der Konfliktbereich, der später zum Strafrecht wird, im Vordergrund unsere Beobachtungen, weniger Normbildungen im Bereich des späteren Privatrechts (Ehe, Erbe, Vertrag); der innersegmentäre Bereich (haus- und sippeninterne Regeln) schließlich ist quellenmäßig und methodisch kaum erschließbar.

Für unseren so abgegrenzten Beobachtungsbereich wird deutlich, daß die unterschiedlichen Formen der zwangsweisen Durchsetzung durch die Rechtsgemeinschaft akzeptiert und als legitim angesehen werden; gerade darum verlangen sie auch ein gewisses Maß an Öffentlichkeit — rechtshistorisch “Verklarung, Gerüfte”, Gericht. Ist dies nicht geschehen, so liegt die Vermutung für ein Vergehen vor, das sich auch gegen die Ordnung der Gemeinschaft richtet — etwa Mord, Einbruch, Diebstahl. Bei der Notzucht macht umgekehrt die öffentliche “Verklarung” durch die Frau die rechtswidrige Gewalt offenkundig.

Diese Beobachtungen weisen darauf hin, daß gerade der Punkt der Erzwingung zur Klärung der Normbildung beiträgt, indem hier die Rechtsgemeinschaft sich, von der Duldung und der Führung der Fehde bis zum dinggenossenschaftlichen Urteilen, darüber klar werden mußte, welche Wertvorstellungen (Sitte, Brauch, Moral, Religion) intersubjektiv gültig und der zwangsweisen Durchsetzung wert seien sollten. Gerade bei Fehlen eines obrigkeitlichen Zwangsapparates kommt es auf die konsensgetragene Geltungsüberzeugung an, um eine Wertvorstellung als Recht durchzusetzen. Ein solches Recht kann dann nicht mehr als bloß subjektiv bezeichnet werden: Wird es zwangsweise mit dem “Legitimitätsglauben” (Max Weber) der Rechtsgemeinschaft durchgesetzt, so besitzt es für diese Gemeinschaft mehr als subjektive Verbindlichkeit — auch wenn die normative Grundlage im Bereich der oralen Rechtsgewohnheit nicht die Bestandssicherheit und — festigkeit wie das Schriftrecht hat. Eine “Ordnung” mit öffentlich gebilligter Durch-

setzbarkeit ist ohne "objektiven Geltungsanspruch" nicht denkbar. ⁽³³⁾ Für eine solche Ordnung scheinen sich schon frühe volkssprachliche Allgemeinbegriffe wie vor allem *ewa* gebildet zu haben.

Der Einbruch des neuen wissenschaftlich-rationalen Denkens im 12. Jahrhundert führt nun zu einer Reflektion sowohl des Verhältnisses von Gericht und Zwangsgewalt zum Herrscher (Reichstag von Roncaglia) wie des Verhältnisses von Gewohnheit und Recht (Gratian, Ubertus de Orto). Damit ist der Weg zum Vordringen und Überwiegen von obrigkeitlicher Zwangsgewalt und Schriftrecht gewiesen — ein Vorgang, der sich jedoch bis weit in die Neuzeit hineinzieht.

Ebenfalls seit dem 12. Jahrhundert wird eine breite Schicht neuen schriftlichen Rechts durch eidliche Einung (Willkür) geschaffen (Stadtrecht, Statuten, Landfrieden) und gleichzeitig dazu ein Zwangsapparat der Rechtsgenossen durch Eid rekrutiert. Gerade dies zeigt deutlich, wie wenig die zwangsweise Durchsetzung bis zur vollen Ausbildung der Staatsgewalt eine Selbstverständlichkeit war, wie sie aber als Teil des Vorganges galt, in welchem Werte und Normen Geltung als Recht erlangten.

⁽³³⁾ Zur Frage, ob das frühmittelalterliche Recht nur "subjektives" oder auch "objektives" Recht gewesen sei, skizziert BERND KANNOWSKI in dem Tagungsband (wie Anm. 2) den Diskussionsstand. Wir halten die Frage selbst in dieser Zuspitzung aus den hier entwickelten Gründen nicht für sinnvoll.

PAOLO NAPOLI

POLICE ET JUSTICE DANS LES DÉBATS
RÉVOLUTIONNAIRES (1789-1791).
LES ENJEUX D'UNE QUESTION TOUJOURS ACTUELLE

1. Les États Généraux de 1789 et le problème de la police. — 2. Après le 14 juillet. — 3. Qu'est-ce qu'une force publique? — 4. La police de sûreté. — 5. Police et justice.

Lorsque éclate la Révolution française il est nécessaire pour les révolutionnaires de redéfinir l'état de l'institution policière. De symbole intolérable du despotisme, la police devait redevenir garant de l'ordre public sur des bases nouvelles. Les discours politique et juridique énoncent les principes affirmés par tout pouvoir public dans le respect prioritaire des droits de l'individu. Toutefois, il serait superficiel et dépassé de chercher à comprendre les transformations d'une pratique et d'un concept à la lumière de l'opposition entre libertés individuelles et autorité politique. La notion de "limite" à l'exercice d'un pouvoir s'impose avec une indiscutable évidence, grâce à cet acte normatif fondateur qui est la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" de 1789, introduisant des paramètres juridiques inédits, tant pour les détenteurs des pouvoirs publics que pour les citoyens. Mais ce processus ne peut pas seulement être décrit comme un renoncement progressif de la police à gouverner, face à une autonomie croissante de la société. La vision résiduelle, "négative", d'un pouvoir omniprésent durant des siècles (dans la vie quotidienne, mais surtout dans les traités sur la politique et dans la représentation populaire), risque de rendre illisibles les techniques gouvernementales qui l'accompagnent. Ce modèle de lecture, typiquement libéral, a eu du succès au XIXe siècle. Il est suivi aujourd'hui encore par ceux qui, devant la complexité des faits, ne disposent d'autres ressources idéologiques et interprétatives que de réaffirmer l'indépendance de la société civile vis-à-vis de l'État;

autrement dit, les vertus de la première et les iniquités du second. Toutefois, de telles interprétations ne saisissent pas le caractère incisif de l'expérience de la police, indépendamment des principes généraux qui la remettent en question. Au-delà des valeurs introduites par l'État de droit, on retrouve les traces d'une raison administrative forgée par la pratique législative et judiciaire d'Ancien Régime. Ces traces sont indissociables du patrimoine gouvernemental de l'État. Toute modification de la nature de la police après l'avènement constitutionnel s'intègre dans la ligne "dure" d'une attitude administrative relativement imperméable aux questions des libertés subjectives et au principe de légalité des actes politiques. Il faut alors dissocier la vertu instrumentale et pragmatique de la police, qui affecte d'une manière stable la capacité gouvernementale de l'État moderne, et les fondements juridico-philosophiques de son pouvoir, qui ont changé dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. Une fois de plus, il s'agit d'isoler la rationalité technique véhiculée par la pratique policière par rapport à la formalisation abstraite du discours savant. La validité axiomatique du second n'a aucun effet sur l'enracinement matériel de la première, de même que l'irrésistible force des moyens dépasse les idéologies politico-juridiques renfermées dans la dichotomie "État de police" et "État de droit".

Toutefois, si l'on est convaincu de la difficulté à expliquer les transformations de la police par le seul biais des généralisations doctrinaires, il n'en reste pas moins que l'entreprise d'explication doit se confronter aussi à ce type de discours théorique: bien avant d'atteindre un niveau savant chez les théoriciens du droit administratif de la première partie du XIX^e siècle, il se manifeste précisément dans les débats à l'Assemblée constituante et législative. L'effort d'élaboration issu de ce contexte — dans la lignée des questions déjà soulevées par les cahiers des États généraux en mai 1789 — est d'autant plus significatif qu'apparaît un véritable travail de modelage du concept. Là encore, la mise en forme juridique du phénomène donne lieu à un processus peu linéaire: l'obstacle majeur découle de la nature hybride de la police, qui rend difficile de la situer dans le nouvel espace constitutionnel de la fin du XVIII^e siècle.

1. *Les États Généraux de 1789 et le problème de la police.*

Dans les Cahiers de doléances présentés par les trois ordres pour les États généraux de mai 1789, les questions de police suscitent des attentes réformatrices dans presque toutes les sénéchaussées. Les pressions les plus importantes proviennent certes du Tiers-état, mais le clergé, pour ce qui est de la discipline des paroisses, l'instruction et l'assistance aux pauvres ⁽¹⁾, ainsi que la noblesse, favorable à l'extension des maréchaussées ⁽²⁾, se montrent sensibles aux problèmes impliquant la liberté, la sécurité et l'ordre public. Sans qu'elles parviennent pratiquement jamais à des réflexions organiques sur l'essence et les fonctions de la police, les propositions des ordres reviennent sur des thèmes constants. Justice et police, par exemple, apparaissent souvent liées, car à la nécessité

(1) Le "cahier de l'ordre du clergé du Bourdonnais" est un texte représentatif de la position de cet état en la matière. À la section "police", on propose:

Art.1. La réforme des mœurs, la prohibition rigoureuse de tous les mauvais livres, le renouvellement des édits, déclarations et ordonnances concernant le maintien de la religion.

Art. 2. Qu'il soit que les communautés d'hommes seront employées à l'enseignement public dont elles offrent de se charger, et que celle des filles le seront aux écoles des personnes de leur sexe, ou qu'elles seront dévouées aux soins des hôpitaux.

Art. 3. Qu'il soit fait un plan d'éducation commun à tous les collèges, et propres à former des citoyens utiles dans tous les états.

Art. 4. Qu'il soit aussi établi des maîtres d'école dans chaque paroisse.

Art. 5. Qu'il y ait dans chaque paroisse, selon leur étendue, une ou deux sages-femmes jurées.

Art. 6. Que de distance en distance il soit fondé des hôpitaux, pour être le refuge des pauvres de la campagne, et qu'on en donne, autant qu'il sera possible, la conduite aux filles de la Charité.

Art. 7. Qu'il soit rendu aux curés les droits que leur accorde, dans l'administration de ces hospices, la déclaration du Roi du 12 décembre 1698, et qu'il soit dit qu'ils présideront à la distribution des œuvres publiques de charité.

Art. 8. Qu'il soit pourvu à la conservation des enfants trouvés jusqu'à l'âge de neuf ans, et qu'on les rende ensuite propres à exercer quelque vocation aux frais de chaque province". V. Cahiers des États généraux, (Clergé, Noblesse, Tiers-État), 2 vol., sous la direction de J. Mavidal et E. Laurent, Dupont, Paris 1868, II, p. 443.

(2) Voir par exemple les "Instructions et pouvoirs donnés par MM les gentilshommes des cinq sénéchaussées d'Angers à leurs députés aux états libres et généraux du royaume convoqués à Versailles le 27 avril 1789", où l'on souligne que "la police et la sûreté intérieure du royaume, fort altérées par la diminution des maréchaussées, paraissent exiger que les États généraux s'occupent des moyens d'augmenter ces corps". *Ibid.*, II, p. 35.

toujours plus évidente d'uniformiser le droit avec une codification des matières civiles et criminelles correspond, dans le même esprit de certitude, l'exigence d'harmoniser certaines pratiques de la vie quotidienne régies depuis toujours par la police. D'où la volonté insistante d'uniformiser poids et mesures dans tout le royaume. Mais d'autres cas reviennent également: la demande d'abolir l'odieux instrument des lettres de cachet, afin de respecter l'intimité et l'unité familiale, est un motif dominant. La liberté de la presse est réclamée contre toute censure, à la condition que l'on signe le manuscrit et que l'on soit connu du typographe. Du point de vue de l'institution et de l'organisation, on considère majoritairement comme acquis le caractère essentiellement municipal de la police, la nécessité que ses corps soient l'expression électorale des communautés territoriales où ils opèrent: "*La police tient tellement à l'origine des municipalités qu'elle n'a pu en être séparée sans inconvénient. Des officiers, assurés de la confiance des peuples soumis à leur juridiction, avaient plus de facilité à maintenir le bon ordre, assurer la tranquillité publique et à faire respecter l'autorité*", soutiennent les députés du Tiers-état d'Angoulême ⁽³⁾.

Pendant, si le désir de réformer la police s'exprime avant tout de manière dispersée et occasionnelle, s'il est commandé par les circonstances locales plus que par une vision organique du problème, il faut signaler quelques tentatives critiques de plus ample portée. Les doléances du Tiers-état de Brest sont probablement les seules à fournir quelques réflexions fondamentales sur la police. On y propose avant tout une distinction entre *police contentieuse* et *police active*, ce qui anticipe sur l'opposition bientôt canonique entre *police judiciaire* et *administrative*. Laissant de côté la deuxième, dont il précise les titulaires mais pas les fonctions, le document s'attarde surtout sur la première, en exprimant cette exigence de protection des libertés qui réapparaîtra quelques mois plus tard dans la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen": "*L'autorité arbitraire tant immédiate que supérieure, sera interdite dans tous les cas qui concernent l'homme, les propriétés, la liberté, l'état et la vie des citoyens de toutes les classes. Les ministres et autres chefs, de tel rang et conditions qu'ils soient, qui auront porté atteinte à l'un ou à l'autre*

⁽³⁾ *Ibid.*, p. 16.

de ces points essentiellement constitutifs du bonheur de la société, seront avec leurs complices, auteurs et adhérents, poursuivis extraordinairement et condamnés à telles réparations que le cas exigera, en conformité des lois qui seront sanctionnées aux États généraux" (4). On notera déjà le qualificatif d'"arbitraire" employé à propos de l'action de l'autorité administrative dans un sens ni critique ni péjoratif mais descriptif, dénotatif plus que connotatif. On reconnaît que la base de l'action administrative est discrétionnaire, mais pas illimitée: l'arbitraire public est accepté, mais il est soumis à des exceptions lorsque certaines conduites sont en cause. C'est dans ce cadre de légitimité préalable de l'action administrative que doit être développé un discours critique sur la police, et non le contraire. On part du principe de la "normalité" d'une administration dotée de moyens et d'objectifs étendus, pour ensuite préciser une sphère individuelle relativement protégée. Il n'existe pas de critères positifs orientant le pouvoir gouvernemental: l'arbitraire indique une zone de décisions indéterminée où peuvent se produire des abus, mais qui, considérée en soi, est un pur domaine de potentialité.

Pour ce qui concerne plus particulièrement l'activité d'investigation judiciaire, le cahier entend reléguer en dehors du droit et exclure de la pratique judiciaire les expédients inquisitoriaux dont la police s'était traditionnellement servie pour la recherche des coupables et de la vérité: *"Les plaintes et rapports verbaux seront, en fait de police, regardés comme des délations odieuses et répréhensibles et, dans le cas de réclamations écrites, il ne pourra être statué contre l'inculpé qu'il ne lui ait été donné connaissance des griefs et fourni les moyens convenables de défense"* (5). La "justice" de police — pour employer une antiphrase que le texte nuance habituellement en "police contentieuse" — doit garantir le même degré de protection que le procès pénal. Et c'est justement pour éviter toute confusion entre l'action de police et le jugement que le texte précise: *"les particuliers qui auront été arrêtés par les gardes et patrouilles, seront de suite renvoyés à leurs juges naturels. Auxdits juges appartiendra la police des spectacles, tant dans l'intérieur que dans l'extérieur des salles, et il sera expressément défendu à tous militaires sous quelque*

(4) *Ibid.*, p. 473.

(5) *Ibid.*

prétexte que ce soit, de s'en immiscer directement ni indirectement, autrement que pour fournir les gardes qui seront requises par lesdits juges, pour le maintien de l'ordre" (6).

Ces mesures protectrices sont l'enjeu décisif d'une proposition sans doute en phase avec les courants réformistes du droit pénal de la deuxième moitié du siècle, mais difficilement applicable à une sphère juridique aussi floue que celle de la police. Du reste, dans le même cahier, le besoin de garantie contre l'abus des pouvoirs policiers n'est pas toujours aussi cohérent. Dans certains domaines, la procédure reste largement imprégnée d'une logique hostile à la position de l'accusé. C'est évident dans la préférence accordée au rite bref et informel qui, sous l'Ancien Régime, distingue les affaires de police des affaires pénales et civiles. Cet aspect avait été souligné par Charles Loyseau en 1610 dans son ouvrage sur les offices: "*Les actes que font les Echevins — écrivait le juriste — estans actes de gouvernement et non de iustice, doivent estre expédiés sommairement & en forme militaire, sans qu'il soit besoin de les verbaliser au long, & y garder les procédures & formalitez de la justice contétieuse. Et s'ensuit aussi que de ces actes il ne doit point y avoir d'appel, pource que l'appel n'a lieu proprement, qu'es actes de justice contétieuse" (7).* Aussi l'édit qui en mars 1667 institue la charge de lieutenant de police reconnaît au magistrat la possibilité de juger seul et sommairement les flagrants délits (8). Un mois plus tard, la grande ordonnance de St Germain-en-Laye sur la réforme de la justice civile, au titre XVII, article 12, rappelle qu' "*en fait de police les jugements définitifs ou provisoires à quelque somme qu'ils puissent monter, seront exécutés nonobstant oppositions ou appellations" (9).* Le jugement de telles contraventions ne vise pas tant à rendre la justice, c'est-à-dire à établir une responsabilité pour appliquer une sanction, qu'à assurer la continuité du règlement transgressé. D'où un effet immédiat de la sentence de première instance. Sommairement, par

(6) *Ibid.*, II, p. 474.

(7) *Cinq livres sur le droit des offices*, L'Angelier, Paris 1613², liv. V, chap. 7, n. 51.

(8) V. F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 30 vol., Belin-Leprieur, Paris 1825-1830, XVIII, p. 100.

(9) *Ibid.*, p. 131-132. Sur l'exécution par provision en matière de police, v. PH. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle: dimension et doctrine*, PUF, Paris 1997, p. 102 s.

une sanction plus pédagogique qu'afflictive, la décision entend reconstruire l'ordre transgressé ⁽¹⁰⁾. Dans ce cas, la constatation de la transgression et l'attribution de la peine ne représentent pas l'événement où le droit se réalise, mais une entrave imprévue au bon déroulement du commandement émis par l'autorité administrative. C'est pourquoi ces cas doivent être réglés en peu de temps, pour assurer le plus rapidement possible la bonne marche de la vie sociale. Il ne s'agit pas de retrancher les hommes de la société mais de les obliger à vivre selon ses règles. Ainsi, comme pour la juridiction consulaire en matière commerciale, la rapidité du processus protégeait les revendications des individus, mais surtout la fluidité des affaires ⁽¹¹⁾. Pour la police aussi, le point juridique prioritaire est le bon ordre des choses plutôt que les situations subjectives. D'une part, comme le disait Montesquieu, cette exigence d'efficacité qui prévaut sur les procédures indique que les violations de police sont des choses "*de chaque instant*", d'une gravité non exceptionnelle, et par conséquent d'un traitement ra-

⁽¹⁰⁾ Sous l'Ancien Régime, dans plusieurs États européens, la procédure en matière de police présentait d'analogues carences de garantie, chose qui, du reste, a survécu dans certaines organisations modernes, dans la tristement célèbre "garde à vue" policière. Dans le Piémont, par exemple, il était prévu que les contraventions de police seraient traitées "*sommariamente senza formalità e suffragio di ricorso, o d'appellazione, e senza remissione [...] sarà lecito ad ognuno d'accusare li contraventori, e che si darà fede all'accusatore con testimonio solo, & a cavalleri a questo fine deputati con solo loro giuramento, e per mano d'essi si procederà alle esecuzioni per dette pene senz'altro*". Ainsi s'exprimait le magistrat D. Cacherano en 1677. V. G.B. BORELLI, *Editti antichi e nuovi de' Sovrani principi della Real Casa di Savoia delle loro Tutrici, e de' Magistrati di qua da' Monti*, Zappata, Torino 1681, p. 916. Sur la justice expéditive des commissaires de police à Paris, v. A. FARGE, *Vivre dans la rue à Paris au XVIIIe siècle*, Gallimard, Paris 1992², p. 221-224.

⁽¹¹⁾ "*Les juges et consuls dans les matières de leur compétence, pourront juger nonobstant tout déclinatoire, appel d'incompétence, prose à partie, renvoi requis et signifié, même en vertu de nos lettres de Committimus aux requêtes de notre hôtel ou du palais, le privilège des universités, des lettres de garde-gardiennne, et tous autres*". Ainsi l'ordonnance du commerce de mars 1673, titre XII, article 13 (Isambert, XIX, p. 106) entendait accélérer le plus possible le moment de la décision. Là-dessus v. J. HOOCK, "Zur Entwicklung der französischen Handelsgerichtsbarkeit zwischen dem 16. und dem 18. Jahrhundert", dans *La ville, la bourgeoisie et la genèse de l'État moderne (XIIe-XVIIIe siècles)*, éd. par N. Bulst et J.-Ph. Genet, Éd. du CNRS, Paris 1988, p. 229-242; plus récemment, v. S. CERUTTI, "Faits et 'faits judiciaires'. Le Consulat de commerce de Turin au XVIIIe siècle", *Enquête*, 7, 1998, p. 145-174.

pide, *intuitu iudicis*, pour ainsi dire ⁽¹²⁾. D'autre part, une procédure contentieuse aussi sommaire démontre la permanence de l'ancestrale ambiguïté juridique de l'activité policière ⁽¹³⁾, dont la vocation première réglementaire essentielle se reflète dans un rite judiciaire totalement atypique, plus apte à faire valoir l'efficacité des mesures transgressées qu'à établir le bon droit et le tort. Ce sacrifice de la protection individuelle au bénéfice des raisons propres à la matière n'est pas mis en discussion dans les doléances du Tiers-état de Brest. On peut ainsi lire: "*seront attribuées au tribunal de police toutes les plaintes pour cause de rixe ou d'injures verbales qui seront dénuées de circonstances aggravantes, pour y être jugées sommairement sans frais et sans appel, et les parties pourront s'y défendre sans ministère de procureur*" ⁽¹⁴⁾. Et si le "Décret pour l'organisation judiciaire" du 16 août 1790, comme nous le verrons bientôt, confirme lui aussi la procédure sommaire en matière de police, cela est dû certes à une habitude inquisitoriale et autoritaire inscrite au cours des siècles dans la mentalité des législateurs et des juristes, mais aussi à la nature même de la police, à l'ambiguïté juridique constitutive de ses pratiques.

2. Après le 14 juillet.

Les problèmes de la police sur lesquels se concentrent les débats révolutionnaires concernent surtout la sûreté, car les conséquences sur la liberté personnelle sont ici plus directes et tangibles et le besoin d'abandonner les anciennes habitudes s'y fait plus urgent. On peut ainsi expliquer la tendance dominante à intégrer les fonctions de police dans les sphères pénale et judiciaire plutôt que dans la sphère politico-administrative ⁽¹⁵⁾. Nous considérerons donc cet

⁽¹²⁾ V. CH. L. DE SECONDAT baron de MONTESQUIEU, *L'esprit des loix*, Paris 1748, liv. XXVI, chap. 24, dans *Œuvres complètes*, 2 vol., éd. par R. Caillois, Gallimard, Paris 1949-1951, II, p. 775-776.

⁽¹³⁾ Cf. à ce sujet les analyses toujours actuelles de J. Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzegebiete zwischen Strafrecht und Verwaltung*, Berlin 1902 (réimpr., Scientia, Aalen 1969), p. 98 s.

⁽¹⁴⁾ *Cabiers des États généraux*, cit., II, p. 474.

⁽¹⁵⁾ Pour une vision synthétique de ces questions, v. P. COLOMBO, *Governo e costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria*

aspect du débat dans une Assemblée constituante dont la fonction est avant tout de définir les règles selon lesquelles on doit contrôler, prévenir et réprimer ce mal appelé délit.

La confusion institutionnelle résultant des événements révolutionnaires a entravé pendant un temps la reconstitution d'une police d'État ⁽¹⁶⁾. Toutefois, il semblerait que la police parisienne soit parvenue à se doter d'une organisation dans des délais suffisamment brefs. Après la disparition du lieutenant général de police, les électeurs établirent un Comité permanent présidé par le prévôt des marchands et composé des autres membres du bureau de la ville. L'institution, chargée de la sûreté, de la tranquillité et des subsistances de la ville, fonctionna jusqu'à la fin de septembre. Avec la "Lettre patente sur la police provisoire de Paris" du 6 novembre, l'Assemblée nationale répond aux nouvelles exigences de légalité présentées par le maire Bailly: "*Dans ce moment de trouble et d'orage, la police a paru d'abord mériter de fixer la principale attention du Conseil de Ville, parce que l'ordre public, la sûreté générale et celle des individus tiennent plus particulièrement à l'exercice de cette branche importante de l'administration municipale. Sans l'attribution qu'ils attendent de votre sagesse, les membres du Conseil chargés de ce Département ne se croiraient pas suffisamment fondés à exercer les pouvoirs d'administration qui leur sont nécessaires, encore moins ceux de juridiction, qu'ils ne peuvent tenir que de la loi. La responsabilité à laquelle ils se sont soumis exige impérieusement une règle, puisqu'il est impossible de répondre de l'usage d'un pouvoir indéfini et arbitraire*" ⁽¹⁷⁾. Sur proposition de Talleyrand, l'évêque d'Autun, alors président du comité pour la constitution d'un règlement provisoire de police à Paris, l'Assemblée nationale adopte un règlement sur l'activité judiciaire de la police: il concerne l'arrestation des person-

francese, Giuffrè, Milano 1993, p. 62-76. Pour une analyse plus vaste des transformations du langage et des pratiques administratifs, v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 182 s.

⁽¹⁶⁾ E. A. ARNOLD, JR., *Fouché, Napoleon, and the General Police*, University Press of America, Washington 1979, p. 20.

⁽¹⁷⁾ *Actes de la Commune de Paris pendant la Révolution* publiés et annotés par Sigismond Lacroix, 7 vol., Cerf, Noblet, Quantin, Paris 1894 (1ère série), II, p. 483.

nes, l'interrogatoire des prisonniers, la possibilité de prononcer des condamnations et la répression des délits ⁽¹⁸⁾.

Toutefois, c'est le décret du 14 décembre 1789 qui établit les bases de l'organisation administrative municipale selon un découpage du territoire national. À l'intérieur de chaque commune, sont définies des compétences de police spécifiques: l'article 50 établit, parmi les fonctions exercées par chaque pouvoir municipal en tant que tel et non comme exécutant de l'administration générale, celle de "*faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité des rues, lieux et édifices publics*" ⁽¹⁹⁾. À la lumière du cadre d'organisation établi par cette loi, le "décret relatif à l'organisation de la municipalité de Paris" du 27 juin 1790 abolit la municipalité provisoire et redessine le plan de la ville en l'organisant selon de nouvelles unités administratives. Les fonctions de police correspondent à celles qui ont été établies pour toutes les autres municipalités. L'article 18, titre III, subdivise le bureau de la ville en cinq départements et, confirmant ainsi le divorce croissant entre économie et police, distingue le département des subsistances de celui de la police (en dehors des domaines et finances, des établissements publics et des travaux publics). Mais un autre élément mérite d'être signalé: le rôle joué par la division territoriale de la commune en 48 sections. Chacune d'elles, en effet, doit choisir les électeurs qui, à leur tour, doivent nommer les représentants pour l'administration du département de Paris et pour l'Assemblée nationale. L'article 9, fidèle à un principe général déjà fixé par le décret du 14 décembre (art. 7), neutralise toute définition de la représentation politique qui ne soit celle, purement extrinsèque et contingente, du lien avec une partie de l'espace communal. Bien avant l'abolition des corporations de métier par la loi Le Chapelier (14 juillet 1791), on commence à percevoir une mutation de la base communautaire des individus: "*Les citoyens actifs ne pourront se rassembler par métiers, professions*

⁽¹⁸⁾ V. *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, (1ère série) 47 vol., sous la direction de J. Mavidal et E. Laurent, Dupont, Paris 1867-1896, IX, p. 695-696 (AP).

⁽¹⁹⁾ V. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, 45 vol., Guyot et Scribe, Paris 1834-1859, I, p. 66.

ou corporations [...] ils se réuniront sans aucune distinction, et ne pourront donner leur voix que dans la section dont ils feront partie à l'époque des élections" (20).

Le sens de la norme est clair. L'œuvre de réaménagement administratif de l'espace citadin ne se limite pas seulement à l'organisation mais exprime quelque chose de plus radical: le territoire urbain n'est pas simplement une aire de contrôle des actions sociales, mais aussi l'élément objectif valorisant politiquement les individus, les qualifiant par un critère contingent comme celui de la résidence en un lieu. Ce facteur extrinsèque est la condition de l'exercice de prérogatives publiques. L'abolition des jurandes préconisée par Turgot en 1767 n'exigeait déjà de l'autorité publique qu'un contrôle des lieux où se déroulait l'activité industrielle et ne s'intéressait pas à l'activité en tant que telle (21). De manière analogue, la loi de 1790 fait de l'espace un critère d'appartenance suffisant pour les individus vis-à-vis des institutions politiques (22). De telles mesures ne visent apparemment à introduire d'innovations que sur le plan institutionnel, mais leurs effets sont importants: elles fondent un modèle de communauté non médiatisée par la police. Lorsqu'on établit que l'appartenance réelle à un lieu suffit à qualifier les individus unis sur la base d'un élément non substantiel, alors l'organisation policière n'apparaît plus comme le seul moyen de réaliser le lien social. On voit se dessiner une "forme" d'*ethos* communautaire indépendante du partage d'une série de valeurs (religieuse, ethnique, familiale, économique, morale, coutumière, juridique, etc.), traditionnellement véhiculées par le dispositif policier. Par "forme", nous entendons ici un élément qui regarde une manière d'être et d'agir et ne concerne que la seule action, la

(20) *Ibid.*, p. 179.

(21) V. ISAMBERT, XXIII, p. 375 s.

(22) Ce critère concernait la seule forme juridique du lien entre pouvoir politique et sujets; par contre, il fallait encore inventer les contenus pour réaliser ce que Turgot appelle "*une bonne constitution de la société*", à savoir la compénétration d'intérêts entre individus, familles et État sur laquelle repose l'*ethos* social. Le *Mémoire sur les municipalités* dicté par Turgot à Dupont de Nemours cultivait en effet l'ambitieux projet de retrouver les bases du "commun" au moment même où s'affirme la nécessité de dépasser toute fracture entre autorité publique et individu, au moins dans l'exercice de la liberté du travail.

procédure comme valeur en soi. Alors, un double régime de constitution normative de la société apparaît: à côté du régime classique de la police imposant les contenus des conduites, se dessine un système prenant en considération les procédures de l'action, l'"orthologie" des comportements plus que leur orthodoxie. En réalité, faut-il préciser que les deux modèles ont toujours coexisté depuis l'antiquité; nous les retrouvons donc déplacés dans un contexte moderne. Ici, les signes d'une légitimité fondée sur le mode de l'action plutôt que sur son contenu et devenue aujourd'hui le trait caractéristique des démocraties délibératives ⁽²³⁾, sont aussi repérables dans des dispositions qui corrigent la géographie administrative des municipalités, tout en neutralisant la substance des conduites individuelles et des décisions politiques.

* * *

Parmi les premières mesures législatives qui, après les bouleversements révolutionnaires, reconsidèrent organiquement le rôle de la police, on trouve le "Décret pour l'organisation judiciaire" du 16 août 1790, dont le titre IX concerne précisément les juges en matière de police. S'agissant d'une loi qui régit la procédure pénale sur tout le territoire national, il est significatif que l'article 1 du titre XI parte d'un fait acquis. Lorsqu'il est question de police, on est aux prises avec les corps municipaux et non avec l'État. Le rapport avec la réalité locale caractérise de manière presque exclusive l'activité réglementaire et contentieuse de l'institution.

Le texte définit six domaines typiques de la compétence de police: 1) les situations "de la rue", c'est-à-dire la sûreté et la commodité du passage, l'éclairage, le nettoyage, l'entretien des bâtiments; 2) les situations délictuelles contre la tranquillité publique telles que rixes, tumultes, tapages nocturnes, etc.; 3) les situations dans lesquelles, pour plusieurs raisons, se créent des rassemblements d'individus dans des lieux publics; 4) les situations où il faut protéger la bonne foi dans le commerce et la salubrité des aliments; 5) la prévention des épidémies, incendies, etc.; 6) la répression des incidents provoqués par des gestes de folie ou par des

(23) V. J. HABERMAS, *L'intégration républicaine*, Fayard, Paris 1998, p. 259-286.

animaux. Signalons que dans les deux dernières classes, le décret puise dans la phraséologie classique définissant la double rationalité de la mesure policière: on parle en effet de “soin de prévenir par les précautions convenables...” et de “soin d’obvier ou de remédier” (24), confirmant ainsi une stratégie d’affrontement de la réalité qui reste l’héritage le plus précieux et le plus durable de la pratique de police. L’article 5 définit les peines qui pourront être infligées par le tribunal de police pour contravention aux règlements. En plus de l’amende, on prévoit l’emprisonnement correctionnel pour un maximum de huit jours. Enfin, dans la lignée de la tradition d’Ancien Régime, comme nous l’avons déjà souligné à propos des doléances du Tiers-état de Brest, l’article 6 opte pour une procédure rapide qui protège peu l’accusé, en ordonnant que les condamnations soient immédiatement exécutoires, abstraction faite du jugement d’appel devant le tribunal du district.

D’une part, la réorganisation législative de la police met toujours davantage au premier plan le rôle des municipalités; d’autre part, se posent de manière urgente la question sur sa manière d’opérer, sur ses instruments d’intervention, et plus généralement sur son rapport avec les individus et la société dans son ensemble. On assiste ainsi à deux scénarios parallèles: celui de la pratique normative où les pétitions de principe sont souvent affaiblies par les besoins de la réalité, et celui des débats parlementaires d’où ressort une grande variété de positions, révélatrice de l’importance cruciale de la police à ce moment. Parmi les premiers à dénoncer ce décalage préoccupant entre les nouvelles lois qui proclament les libertés et une pratique moins inspirée de tels principes, on trouve Jacques Peuchet (25). Tout en étant conscient du caractère exceptionnel de l’événement révolutionnaire lors duquel les catégories d’“ennemi” et du “soupçon” acquièrent une ubiquité incontrôlable, l’expert administrateur perçoit de manière précoce le danger potentiel. Face à des projets qui favoriseraient un retour à l’arbitraire policier d’antan, sa réflexion saisit la substance des futurs débats parlementaires et

(24) DUVERGIER, I, p. 332.

(25) Bureaucrate au service de tous les régimes, Jacques Peuchet témoigne de l’évolution complète du pouvoir policier. Son expérience dans l’administration parisienne couvre toute la période révolutionnaire jusqu’en 1830.

suggère implicitement la confrontation entre le modèle “répressif” de police à l’anglo-saxonne et le modèle “préventif” de type continental. La question s’était déjà présentée lors de la discussion sur le règlement provisoire de police pour Paris en novembre 1789. Lorsque Talleyrand veut attribuer au lieutenant du maire la faculté de condamner un prévenu à huit jours de prison, Mirabeau en exige immédiatement l’amendement à vingt-quatre heures: les lois du royaume autorisent cette mesure seulement à titre conservatoire et non à titre de peine. Entre ces deux propositions, on opte pour celle de Dèmeunier, qui considère la détention durant trois jours comme adéquate, “*eu égard aux circonstances actuelles et dans une ville comme Paris, la police a un plus grand besoin d’une force réprimante*” (26).

Sur la base de ces indications succinctes et de l’allusion précise de Dèmeunier, on comprend que la police s’insère dans une problématique plus vaste: la création d’une force publique. Nous partirons de l’analyse de cette notion qui embrasse la puissance physique globale d’un État et offre un cadre pour comprendre les questions qui nous intéressent.

3. *Qu’est-ce qu’une force publique?*

Discuter de force publique en période de calme ne passionne ni les politiciens ni les juristes. Mais cela devient une exigence impérieuse et un sujet de réflexion stimulant lorsqu’il s’agit d’une lutte civile. On confie alors aux garants de l’ordre public interne une mission fondamentale: créer une structure d’intervention matérielle non conditionnée par le *statu quo*, capable de protéger contre les adversaires et de mener à son accomplissement le processus révolutionnaire, tout en veillant à la gestion ordinaire de la tranquillité publique. Le “politique” et le “pénal” requièrent tous deux un appareil qui fasse exécuter concrètement la volonté politique et les normes, en assurant les conditions d’exercice du pouvoir constituant. Il est naturel que la police rentre dans cette nouvelle économie de la force étatique. Comme le souligne le député Thouret lors de la séance du 30 décembre 1790, “*la police est la seule garantie solide du*

(26) AP, IX, p. 691.

succès de nos importants travaux; car s'ils ne mettent pas la tranquillité générale, les personnes et les biens des particuliers à l'abri des attentats des méchants, non seulement nous n'aurons pas fait une véritable Constitution, mais nous ne verrons même pas l'établissement éphémère de celle que nous aurions rêvée" (27).

Cette affirmation n'est surprenante que si l'on s'obstine à observer les faits sous l'angle d'un libéralisme naïf: loin d'être réduite par le discours des droits, la police apparaît au contraire comme un pivot de la Constitution à venir, et même comme la condition pratique de sa naissance. Cela prouve combien il est ardu et même risqué de prétendre neutraliser l'autonomie des moyens opérationnels au bénéfice d'une vision téléologique où les intentions, les moyens et les objectifs seraient unifiés d'une manière cohérente. Le régime de la pratique normative fait comprendre, au moins en ce qui concerne la police, l'incidence mineure des valeurs universelles même lorsque le projet dans lequel elles veulent se réaliser a la force d'un principe comme celui de la souveraineté de la loi. Entre l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*"La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée"*) et la Constitution du 3 septembre 1791 qui consacre le titre IV à ce sujet, deux ans de débats ont eu lieu. De l'automne 1790 jusqu'au "Décret sur l'organisation des gardes nationales" du 28 juillet 1791, ils portent surtout sur la question de la force publique.

"Il faut distinguer la force et son organisation. Quand on parle de la machine, on ne parle pas du moteur. Tout, dans ces dispositions, a

(27) *Ibid.*, XXI, p. 715. Cf. aussi J.-A.-H. GUIBERT, *De la force publique considérée dans tous ses rapports*, s. é., Paris 1790. L'auteur, connu surtout pour son *Essai général de tactique* paru en 1773, inscrit la police dans le cadre des corps militaires dépendants du gouvernement: *"La police et l'ordre public ayant besoin d'une action prompte et continue ne peuvent appartenir qu'au pouvoir exécutif; mais il lui faut pour cela des moyens d'autorité et des moyens de force. Ces moyens d'autorité doivent se trouver dans les corps administratifs, qui sur tous les objets de police et d'ordre public doivent être en correspondance directe avec le pouvoir exécutif et dans sa dépendance"* (p. 82). À l'égard des moyens de force, il s'agit ici de la police dans chaque municipalité, des maréchaussées, des troupes réglées et de la milice nationale. Enfin, Guibert indique dans l'opinion publique, dans les lumières et dans les mœurs les trois forces morales qui, avec la force publique, rendent possible *"la consommation de la Révolution"* (p. 180).

rapport à la force matérielle” (28). Avec ces mots simples et lapidaires prononcés lors de la séance du 5 décembre 1790, Rabaut de Saint-Étienne résume efficacement un concept fondamental de la politique moderne depuis Machiavel: un être souverain ne peut exister sans un appareil qui monopolise en son nom l’usage de la force, surtout après une prise de pouvoir violente, où la nécessité vitale d’une milice doit se mesurer à un état d’exception quasi permanent. La conjoncture particulière impose une prise directe et totale sur une actualité lourde de temps “à présent” (*Jetztzeit*), comme le perçoit W. Benjamin dans l’attitude du révolutionnaire envers l’histoire (29). Il n’y a plus alors de place que pour des mesures d’opportunité, adressées au présent pour le présent ou, au mieux, en tant qu’il est une base de l’avenir. Dans un débat ultérieur sur la garde nationale, Robespierre explicite en une phrase ce rapport entre droit et temps propre à la période révolutionnaire: “*Je veux proposer une mesure et non pas entrer dans le fond de la question*” (30). Deux ans plus tard, Condorcet, s’interrogeant à son tour sur le sens du terme “révolutionnaire”, observera qu’ “*une loi révolutionnaire est une loi qui a pour objet de maintenir cette révolution, et d’en accélérer ou régler la marche. Une mesure révolutionnaire est celle qui peut en assurer le succès*” (31). Pour insister sur

(28) AP, XXI, p. 237.

(29) V. W. BENJAMIN, “Thèses sur la philosophie de l’histoire”, dans *L’homme, le langage et la culture*, Denoël, Saint-Lubin-des-Joncherets 1971, p. 193. Le révolutionnaire évoqué est plus précisément Robespierre.

(30) Séance du 28 avril 1791, AP, XXV, p. 394.

(31) “Sur le sens du mot Révolutionnaire”, *Journal d’Instruction sociale*, 1er juin 1793, dans *Œuvres de CONDORCET*, 12 vol., éd. par Arago, Didot, Paris 1847-1849 (réimpr. Frommann, Stuttgart 1968), XII, p. 615-616. Pour une enquête spécifique sur l’emploi du terme, v. A. REY, « Révolution ». *Histoire d’un mot*, Gallimard, Paris, 1989, p. 125-126. Comme on le sait, les constitutionnalistes allemand se sont interrogés sur la notion de “mesure” et notamment de “mesure de police” dès la fin du XIXe siècle. V. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Mohr, Tübingen 1913, p. 201 s.; C. SCHMITT, *Die Diktatur* (1921), tr. fr. Paris, Seuil 2000, chap. 4 et 5; du même auteur v. également “Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit”, dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin p. 235-262; E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, dans *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, sous la dir. de O. Bachof et alii, Olzog, München 1955, p. 221-236. Pour un approfondissement de toute la question, v. K. HUBER, *Maßnahmegesetz und Rechts-*

la composante pragmatique de la notion, il explique un peu plus loin: “*On dit, en général: il faut faire une loi révolutionnaire, il faut prendre des mesures révolutionnaires. Entend-on des lois, des mesures utiles à la révolution? On n’a rien dit. Entend-on des mesures qui ne conviennent qu’à cette époque? On dit une chose fausse; car, si une mesure était bonne à la fois, et pour l’état de calme, et pour celui de révolution, elle n’en serait que meilleure. Entend-on une mesure violente, extraordinaire, contraire aux règles de l’ordre commun, aux principes généraux de justice? Ce n’est pas une raison suffisante de l’adopter; il faut de plus prouver qu’elle est utile, et que les circonstances l’exigent et la justifient*” (32).

La contingence et la nécessité suscitent les propositions des constituants dont la volonté fondatrice aurait une faible portée sans la condition primordiale qu’est la certitude, garantie par une force matérielle organisée et fidèle, de pouvoir continuer le processus révolutionnaire. Il existe un régime circonstancié de l’ordre dans le temps et dans les lieux que la force publique doit pouvoir gérer. Il va de soi que dans une telle situation, la discussion sur le fondement de l’ordre public implique un débat sur la fonction policière; et par “ordre public” on entend à la fois l’extraordinaire et l’ordinaire, les discontinuités violentes et la continuité normale des choses (33).

Le rapport de Rabaut lors de la séance du 21 novembre 1790, au nom des “comités réunis militaires et de Constitution sur l’organisation de la force publique”, définit le concept de force “commune” comme la “résistance de tous contre les entreprises d’un seul”. La force publique est entendue, parallèlement, comme force répressive qui appartient “à la société toute entière”, donc “nationale”. La conscription obligatoire est le corollaire de cette définition: “Tous les citoyens actifs doivent remplir au besoin les fonctions de gardes nationales, parce que tous sont obligés de veiller à maintenir la

gesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff, Duncker & Humblot, Berlin 1963.

(32) *Ibid.*, p. 617-618. Les mots en caractère romain sont en italique dans le texte.

(33) Sur la notion d’ordre pendant la Révolution, v. M. SCOTTI-ROSIN, “Ordre-Désordre”, dans *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, éd par R. Reichardt, E. Schmitt, Oldenbourg, München, Heft 14/15 (1993), p. 61-99, spécialement 80 s.

société” (34). Mais la garde nationale préconisée ici ne peut être affectée à la police habituelle, pour la tranquillité de chaque jour: l’exécution normale des lois ne doit pas soustraire les citoyens à leurs activités quotidiennes. Pour cela, il faut un “*corps toujours actif [...] soldé*”, composé d’un nombre d’hommes “*exactement proportionné aux besoins de la société, et calculé en raison des désordres possibles*” (35), afin de ne pas attenter à la liberté de la nation. Les maréchaussées, accrues de manière adéquate, représentent dans le projet exposé par Rabaut la solution la plus satisfaisante pour cette exigence: elles sont une force déjà maîtrisée, suffisamment respectée, qui ne se plie qu’aux exigences de la loi. L’instrument est là, il suffit de savoir le convertir à la cause nouvelle: “*Vous lui ôterez tout ce que lui avait donné la volonté arbitraire, et qui contrasterait avec l’ordre judiciaire que vous avez établi, vous lui conserverez tout ce qui, dans ses précédentes fonctions, lui fournissait les moyens de suivre les traces du délit, et de le constater juridiquement, tout ce qui peut lui attirer la confiance des peuples: vous l’attacherez à votre régime; et cet instrument de la loi, commandé par le despotisme, deviendra celui de la loi établie par la liberté*” (36).

Selon le projet de réforme présenté par le comité de Constitution et le comité militaire, la maréchaussée sera restructurée dans ses rôles hiérarchiques et dans ses compagnies, organisée en divisions commandées par un colonel dont dépendra un lieutenant-colonel compétent par département, qui à son tour aura sous ses ordres un maréchal chef de brigade. Cette nouvelle force, appelée “Gendarmerie nationale”, continuera à faire partie de l’armée. Les troupes de gendarmerie sont surtout vouées à la sécurité des campagnes mais, le cas échéant, elles rejoignent la police citadine. À pied et à cheval, elles ont des tâches assez étendues: patrouiller dans les arrondissements, enquêter sur les délits, arrêter les délinquants, défaire les révoltes, appliquer contre les mendiants des mesures prévues par les vieilles ordonnances, rédiger des procès-verbaux déposés ensuite

(34) *AP*, XX, p. 593.

(35) *Ibid.*, p. 594.

(36) *Ibid.* Sur l’organisation et les fonctions de la maréchaussée en France et en Flandres aux XVIIIe et XVIIIe siècles, v. J. LORGNIER, *Les juges bottés*, L’Harmattan, Paris 1994; du même auteur, *Quand le gendarme juge*, L’Harmattan, Paris 1994.

auprès du tribunal sur l'état des cadavres et les délits en général, interpellé des personnes à leur domicile sur mandat de justice ou sur mandat d'arrêt décerné par l'officier de police ou de maréchaussée. Toutes ces fonctions devront être accomplies selon "*l'esprit de la Constitution française*" qui veut garantir la paix publique dans le respect de la liberté civile. Le projet sera adopté le 16 janvier 1791 ⁽³⁷⁾.

Mais entre-temps le débat s'enflamme. Une fois que le moyen a été organisé et soumis à la domination de la loi, comment doit-on s'en servir sans attenter à la liberté? La loi constitue une limite formelle — et non matérielle — à l'expansion de la force. Ici intervient le rôle de la discipline, unique manière de gouverner l'application d'une puissance physique faite d'hommes et d'armes. L'hétéronomie est la condition nécessaire pour qu'une telle force ne se transforme pas en un instrument d'oppression arbitraire et acéphale. Le rapport de Rabaut le souligne par une métaphore cinétique: "*D'abord, elle [la force publique] ne doit pas se mouvoir elle-même [...]. Les exécuteurs de la force publique ne doivent pas même délibérer sur les ordres qu'ils reçoivent. Délibérer, hésiter, refuser sont des crimes. Obéir, voilà, dans un seul mot, tous leurs devoirs. Instrument aveugle et purement passif, la force publique n'a ni âme, ni pensée, ni volonté. C'est une arme qui reste suspendue au temple de la Liberté, jusqu'au moment où la société qui l'a créé, en demande l'usage*" ⁽³⁸⁾. Mais pour écarter le danger d'un usage despotique de la force par le monarque, le seul pouvoir appelé à la diriger est le Corps législatif.

Sur ces bases se présente le projet de décret sur l'organisation de la force publique, qui est précédé de quelques principes constitutionnels fondant le nouvel esprit juridique. Avant tout, la définition générale de force publique est proposée, qu'on entend comme "*la réunion des forces de tous les citoyens*". À partir de ce concept général, on précise les applications particulières: une "*force habituelle*" contre les ennemis extérieurs qui constitue l'armée au sens propre, et une "*force habituelle*" de corps armés qui opèrent, à l'intérieur, contre les "*perturbateurs de l'ordre et de la paix*". L'article

⁽³⁷⁾ AP, XX, p. 568 s. V. DUVERGIER, III, p. 191 s.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 594.

4 établit un principe important: “*La nation ne forme point un corps militaire; mais les citoyens seront obligés de s’armer aussitôt que l’ordre public troublé, la patrie attaquée ou la liberté en péril demanderont l’emploi de la force publique*”. L’article 5 entend par “citoyens actifs” les futurs membres de la garde nationale ⁽³⁹⁾.

La discussion du 5 décembre 1790 voit s’opposer l’orientation loyaliste de Montlosier et de Malouet à l’orientation souhaitée par la majorité, fidèle à la Nation. La première entend réaffirmer l’autorité du roi sur une force publique que le projet de loi avancé par le comité considère comme formée uniquement de “*tous les citoyens*”, sans que soient en rien précisés les liens avec le sommet du pouvoir exécutif ⁽⁴⁰⁾. Compte tenu de la présence encombrante du monarque, on tend à identifier la force publique à un corps de citoyens responsables seulement devant la Nation et donc, en dernière analyse, devant elle-même: “*Vous n’êtes pas des hommes séparés de la nation pour la défendre et la protéger; vous êtes la nation elle-même*”, avait rappelé Rabaut lors de la séance du 21 novembre 1790 ⁽⁴¹⁾. L’institution de la garde nationale naît de cette idée de nation en armes.

L’intervention de Robespierre a le mérite de clarifier les positions et les intérêts en jeu: le nouveau type de force publique doit prévenir et réprimer les conspirations politiques et les mouvements séditieux qui se développent à l’intérieur du pays. En répondant à la volonté générale et non aux ordres du roi auquel revient, en revanche, le commandement des troupes contre les ennemis extérieurs, la garde nationale, composée de citoyens en armes, assure la fidélité à la Nation et aux principes de la Constitution. Le nouveau problème est de savoir si cette même garde doit avoir aussi des attributions de police ordinaire et si elle est donc auxiliaire de la

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 598.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, XXI, p. 235-237. F. D. MONTLOSIER, dans son *Essai sur l’art de constituer les peuples, ou Examen des opérations constitutionnelles*, s. é., Paris 1790, explicite mieux sa position favorable au pouvoir exécutif. Il critique sévèrement l’attitude de l’Assemblée nationale qui, désarmant l’exécutif et reconnaissant une armée responsable uniquement face au corps législatif, non seulement prive le roi de son autorité, mais finit par recréer une anarchie et un particularisme typiquement féodaux (p. 207).

⁽⁴¹⁾ *AP*, XX, p. 593.

justice, dans la répression courante des délits. À ce sujet, deux positions se font jour. Certains considèrent la maréchaussée existante comme la seule autorité capable d'assumer un tel rôle parce qu'elle est plus experte, dans le contact quotidien avec les malfaiteurs, que n'importe quel corps constitué de citoyens. D'autres, au contraire, voient dans la maréchaussée le danger d'une militarisation excessive des fonctions de police confiées à une institution traditionnellement prévaricatrice, peu sensible aux raisons de la liberté individuelle; ils y voient surtout une émanation directe de la volonté monarchique. Une organisation formée de citoyens-soldats serait préférable, qui réussirait mieux à harmoniser l'exigence de sécurité avec celle de justice. Robespierre part de cet axiome de droit naturel selon lequel n'importe quel citoyen a le droit de s'armer pour défendre son intégrité et celle des autres. Il découle de ce principe que *"tout citoyen armé est maître de qui ne l'est pas"* (42). Partant de là, Robespierre opte pour un système qui satisfait deux conditions. L'une est l'exercice de la force dans le respect des droits, que seule la garde nationale peut garantir; l'autre est de surmonter les inévitables surcoûts et difficultés matérielles que devraient supporter les citoyens appelés à accomplir une telle fonction. La proposition qui suit est une sorte d'œuf de Colomb: création dans chaque chef-lieu de district d'une *"compagnie soldée, consacrée aux fonctions qu'a exercées la maréchaussée, mais soumise aux mêmes chefs et à la même autorité que les gardes nationales"* (43).

Toutefois, l'idée d'une force publique identifiée à la totalité des citoyens en armes ne fait pas l'unanimité. Montlosier, par exemple, lors de la séance du 20 avril 1791, estime que la force publique ne représente pas le corps de la nation mais seulement un organe au service de l'individu: *"J'entends par force publique cette puissance qui est capable de contenir les passions d'un grand nombre pour assurer la propriété d'un seul. Il n'y a donc point de force dans un état où tout est fort [...] Dès que tout le monde est armé, personne ne l'est"* (44). Puisqu'elle n'est pas la totalité des citoyens, la force publique finit par former un corps autonome, ce que Robespierre dénonce préci-

(42) *Ibid.*, XXI, p. 236.

(43) *Ibid.*, p. 245.

(44) *Ibid.*, XXV, p. 222.

sément comme danger majeur. Lors de la séance du 27 avril, il attire l'attention sur l'antagonisme qui se manifeste entre la volonté générale et celle propre à une force publique constituée en corps. Si ce dernier est militaire, il est amené par nature à imposer la mentalité du soldat à la raison du citoyen. En revanche, dans la garde nationale, l'objectif est de "*confondre la qualité de soldat dans celle de citoyen*", en réduisant l'ascendant des chefs et l'exhibition de la supériorité hiérarchique, et surtout, en attribuant au peuple souverain l'élection de ses officiers (45). Après de longues discussions, le "Décret sur l'organisation des gardes nationales" est adopté le 28 juillet 1791 (46) et établit un principe fondamental: chaque citoyen actif, sauf s'il est un ecclésiastique ou un fonctionnaire public doté du pouvoir de requérir la force publique, devra s'inscrire sur les listes de la garde nationale de sa commune, condition sans laquelle il ne peut exercer ses droits de citoyen. La garde nationale a pour fonction essentielle d'assurer l'ordre public et l'exécution des lois dans les villes. En cas d'extrême nécessité, elle peut être secondée par l'armée, tandis qu'elle peut prêter main forte à la gendarmerie dans les campagnes.

* * *

La composition d'une nouvelle force publique se dessine d'une façon inévitablement fragmentaire, ce qu'accentue encore l'héritage des vieilles institutions et la superposition de programmes portant sur le même projet. Le débat parlementaire du 26 juillet 1791 semble tendre vers une vision plus exhaustive du problème, lorsqu'on discute le projet de "décret sur la réquisition et l'action de la force publique à l'intérieur du royaume" adopté le jour suivant. On voit bien la tentative d'extraire la notion de force publique d'un ensemble de corps anciens comme la police, ou plus récents comme la garde nationale et la gendarmerie. Demeunier expose un plan coordonnant ces différentes organisations afin de réprimer les délits communs, et plus généralement tous les actes séditeux.

L'aspect logistique le plus important concerne la mobilité éven-

(45) *Ibid.*, p. 369-370.

(46) DUVERGIER, III, p. 168 s.

tuelle des corps d'une commune à l'autre après réquisition. Tous les citoyens ont le devoir de donner *force à la loi*, en participant aux opérations de la gendarmerie et de la garde nationale, surtout lorsque la liberté et la sûreté publique sont en danger. Dans ces situations exceptionnelles, toutefois, le problème est de savoir qui doit assumer les décisions pour rétablir l'ordre. Dans la rédaction originelle du projet, la compétence revient au Corps législatif, mais durant le débat, une orientation favorable à l'exécutif, c'est-à-dire au monarque, s'impose. Le monarque reste "souverain" en tous points, à savoir dépositaire du jugement sur le cas d'exception, pour reprendre la terminologie de C. Schmitt. Ainsi, les articles 28 et 29 établissent qu'en cas de troubles, le roi, par l'intermédiaire du ministre de l'intérieur, prend les mesures nécessaires pour faire appliquer les lois et rétablir l'ordre, après en avoir informé le corps législatif. Le recours à la loi martiale comme remède extrême au danger requiert que les émeutes populaires et les attroupements séditieux se succèdent fréquemment, que la situation exceptionnelle se stabilise. Dans ce cas, une mesure spécifique ne suffit plus. Il faut introduire un régime normatif différent qui suspende celui en vigueur (art. 30). Dans ce climat de mobilisation générale, tout le monde doit exercer une vigilance permanente. D'où la responsabilité de ces dépositaires de la force publique qui, ne répondant pas à l'appel des communes limitrophes, doivent dédommager les personnes lésées pour le cas où leur intervention aurait pu éviter ces préjudices.

Le projet laisse aux autorités une considérable marge de manœuvre. Si le recours aux armes, en cas de sédition et de trouble public, est réglementé de manière rigoureuse, l'article 33, en revanche, prévoit une compétence générique des corps municipaux, des directoires de district et de départements à "*prendre toutes les mesures de police et de prudence les plus capables de prévenir et calmer les désordres*" (47). En langage législatif, l'expression "mesure de police et de prudence" est inhabituelle. Mais, d'un point de vue théorique, elle renvoie à une signification politico-juridique an-

(47) AP, XXVIII, p. 659. Sur l'emploi des mesures de circonstance et d'exception, v. P. GUENIFFEY, *La politique de la terreur. Essai sur la violence révolutionnaire 1789-1794*, Fayard, Paris 2000, p. 149-196 et 244.

cienne: le rapprochement entre l'instrument (mesure), l'organe (police) et la manière d'exercer (prudence) indique la ténacité d'une certaine rationalité gouvernementale qui réussit à se fondre dans des systèmes idéologiques différents. L'approche fonctionnaliste décrit mieux l'efficacité des processus que tout discours portant sur les principes et les finalités générales. Il est significatif, par ailleurs, que le texte ne détermine pas de manière péremptoire les points de départ et les contenus de telles mesures, prouvant ainsi que la police est un vecteur de normativité relativement autonome à l'égard de la loi, y compris à l'égard du pouvoir de qualification, mais non moins essentiel pour définir juridiquement les faits. La nature provisoire de ces interventions ne dépend pas de l'inadéquation de leurs dispositifs, mais de leur bonne adaptation aux cas et aux circonstances. Par conséquent, seule une décision souple et déliée de toute attache au monde des valeurs devient *regnativa prudentia*, comme le disaient les théoriciens de la Raison d'État.

4. *La police de sûreté.*

Le débat parlementaire sur la police se développe dans le cadre conceptuel et matériel déjà occupé par le thème de la force publique. Dès la fin de 1789, Duport, député de Paris, présente, au nom du comité de constitution, un texte contenant les principes fondamentaux à la base du droit moderne pénal et procédural⁽⁴⁸⁾. En 1788, Condorcet avait déjà tracé la différence entre justice et police sur des bases fondamentalement instrumentales: en défendant les droits naturels des citoyens, "*les lois de justice considèrent ceux de ces droits qui dérivent de la nature même de l'homme; les lois de police considèrent au contraire ceux qui n'existeraient pas sans les circonstances particulières que l'état de société a fait naître. Les unes assurent l'exercice des droits primitifs, les autres l'assujettissent à des règles*"⁽⁴⁹⁾. Pour Duport aussi, justice et police, à divers titres, préservent les droits naturels et civils de chaque individu: vie,

(48) Là-dessus, cf. P. PONCELA, "Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne", *Droits*, 17, 1993, p. 139-147.

(49) "Essai sur la Constitution et les Fonctions des Assemblées provinciales", dans *Œuvres*, cit. VIII, p. 512-513.

honneur, liberté, sûreté, propriété (art. 1 et 2). De quelle manière? Malgré l'apparente cohérence argumentative, cette partie du document révèle une tension — plus qu'une contradiction — non résolue, et donc instructive. L'article 16 souligne avec emphase les valeurs sur lesquelles se fondent les deux institutions: "*Police exacte, sans inquisition, justice humaine et publique, peines douces mais inévitables; voilà le système des pays libres*" (50). Toutefois, si l'on considère l'article 18, l'universalité métaphysique de ces définitions disparaît: la concurrence séculaire entre les deux activités et la particularité de chacune sont expliquées en des termes purement techniques, confirmant que les grandes pétitions de principe et les définitions dogmatiques se dissolvent lorsqu'il s'agit d'assurer l'autonomie de la pratique: "*Tout ce qui concerne les moyens de prévenir les délits, de rétablir l'ordre d'une manière prompte, de saisir et d'arrêter ceux qui l'ont troublé, appartient à la police. Tout ce qui concerne les moyens de vérifier les faits qui donnent lieu à la poursuite et d'y appliquer la loi, appartient essentiellement à la justice*" (51). Il est symptomatique que ni la police ni la justice ne soient définies ici comme des formes générales de l'activité publique, indépendants de certaines conditions concrètes; et même, selon une approche nominaliste, leur unité se fragmente en une pluralité d'applications. La locution "tout ce qui concerne..." regroupe le multiple en une synthèse qui n'existe pas au plan empirique. L'idée de justice comme celle de police semblent disparaître pour se démultiplier dans la casuistique. Sur le terrain de la pratique, on précise la distinction fondamentale entre une stratégie préventive destinée à anticiper l'événement, et l'autre, constatative, vouée à le sanctionner. Ce n'est pas par hasard si l'article suivant précise le décalage fonctionnel entre procédé judiciaire et procédé policier: "*Il est nécessaire d'observer exactement cette distinction, parce que chacune de ces institu-*

(50) Séance du 22 décembre 1789, *Archives parlementaires*, IX, p. 745. Les 38 articles qui composent ce document forment un véritable code des garanties personnelles en matière pénale. On y énonce les principes de base valides en tant que tels sur lesquels reposent le droit et la procédure criminels des systèmes démocratiques. Pour une analyse de ces axiomes, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 69 s.

(51) AP, X, p. 745.

tions a un caractère différent et une marche presque opposée. La justice doit procéder avec beaucoup de réflexion, et avec des formes très sévères; elle ne doit être déterminée que par le plus haut degré de certitude possible. La police, au contraire, est forcée d'agir d'une manière plus expéditive, elle doit déterminer souvent sur des indices”.

Presque un an après, lors de la séance du 27 novembre 1790, Duport revient sur la définition des deux fonctions en qualité de rapporteur des comités de Constitution et de jurisprudence criminelle pour une “loi sur la police de sûreté, la justice criminelle et l’institution des jurés”. D’après son discours, il y a, entre police et justice, le même décalage que celui qui sépare la probabilité de la certitude. Si la règle fondamentale impose que la condamnation à une peine se fonde sur des preuves irréfutables et exhaustives, il faut éviter aussi que dans la période nécessaire à l’établissement de la vérité, le prévenu n’échappe à la justice: “*Il faut donc de toute nécessité qu’un individu puisse être arrêté avant la preuve complète, c’est-à-dire lorsqu’il n’existe encore contre lui que des simples, mais fortes présomptions*”. D’où l’intervention “*active et prompte*”, même provisoire, de la police, afin d’éviter que celle de la justice, “*passive et réfléchi*” avant même d’être “*définitive*”, devienne impossible ⁽⁵²⁾. Alors que la police présume la culpabilité sur la base d’une connaissance approximative des faits, la justice doit rééquilibrer cet inévitable arbitraire, en assurant une plus grande certitude des preuves. Comme il arrive souvent au sein des tendances réformistes du droit pénal de la fin du siècle, un mécanisme général de vases communicants est mis en place ⁽⁵³⁾: la police interprète le besoin collectif de se protéger contre les individus (elle “*représente l’action de la société sur chaque individu*”), alors que la justice accomplit le travail inverse (elle “*renferme surtout les droits des individus contre la société*”). Institutions symétriques mais non concurrentes comme sous l’Ancien Régime, la police et la justice gèrent l’équilibre entre

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, XXI, p. 45.

⁽⁵³⁾ Cas exemplaire: la réforme du droit pénal introduite dans le Grand-duché de Toscane par la loi du 30 novembre 1786 (le code “léopoldien”). Comme contrepois à l’assouplissement des peines, on prévoyait l’intensification de la vigilance policière. Un caméraliste allemand de l’époque, A. F. W. CROME, observe: “*Je schlechter die Polizei in Land ist, je härter wird die Justiz seyn, und umgekehrt*”. V. *Die Staatsverwaltung von Toskana*, 3 vol., Voss, Leipzig 1795-1797, I, p. 168.

les deux forces contraires animant l'État: l'individu et la société. Ces nouveaux sujets, émancipés du cadre globalisant de la souveraineté, expriment des intérêts parfois convergents, parfois irréductibles, mais qui ne dérivent ni de la volonté politique ni de l'ordre des classes. La différenciation toujours plus nette entre police et justice signale alors un mouvement social et politique qui génère de nouveaux centres d'imputation de droits, de nouveaux sujets qui les revendiquent.

Si le caractère distinctif de la police est la célérité de son intervention, l'organisation de ses opérations devra être dotée de la même qualité. Dans l'enchaînement des événements quotidiens, comment assurer ces sursauts d'énergie que la justice, plus laborieuse, ne parvient pas à produire? Un bureau collégial, devant décider après consultation, n'assure pas l'immédiateté de décisions que seul un pouvoir monocratique peut offrir. Dans le plan exposé par Duport, les juges de paix institués sur une base cantonale ainsi que les officiers publics sont appelés à garantir la sûreté des citoyens et à résoudre ces controverses de police qui grèveraient autrement le travail des tribunaux ordinaires. Ils sont secondés par l'ancienne et noble institution des maréchaussées — qui sera transformée peu après en Gendarmerie — dont les fonctions ne sont plus judiciaires mais uniquement de vigilance active, de véritable police. Ces deux autorités, juges de paix et maréchaussées (gendarmerie), seules compétentes pour veiller à l'ordre public dans une *“concurrence qui excite leur émulation”* ⁽⁵⁴⁾, occupent une série de fonctions que le rapport répertorie ainsi: *“conservateurs de la paix partout où elle est fortement troublée par des excès ou violences, ils se transportent, dressent des procès-verbaux, saisissent les coupables, ou donnent ordre qu'ils soient saisis; vengeurs officiels des attentats contre la société, ils tiennent d'elle la mission de poursuivre les auteurs des meurtres contre lesquels il n'y a point de poursuite privée, ainsi que les crimes qui intéressent le public; enfin, chargés de favoriser les poursuites des particuliers, ils reçoivent leurs plaintes, leurs dénonciations mêmes, les portent devant le juré d'accusation après s'être assurés du prévenu, si*

⁽⁵⁴⁾ Intervention de Duport, lors de la séance du 28 décembre 1790, AP, XXI, p. 692.

les circonstances l'exigent" (55). Le projet de loi qui suit le rapport recense les activités confiées aux officiers de police en matière de sûreté: la faculté de délivrer des mandats d'amener et d'arrêt à l'encontre de l'inculpé est un point essentiel (56).

On ne peut pas dire qu'un projet de ce genre réduise la police à n'être qu'un bras exécutant du pouvoir judiciaire, comme l'exige la protection de la liberté individuelle théorisée par le modèle "garantiste" et sanctionnée par les constitutions modernes. Mais la séparation des pouvoirs est évidente, surtout si l'on considère cette disposition du projet qui, en terme de justice, attribue à l'accusateur public la surveillance des officiers de police, le pouvoir de les réprimander en cas de négligence, et surtout le droit de les poursuivre pour prévarication dans l'exercice de leurs fonctions (titre IV, art. 4 et 5) (57).

De manière plus générale, n'oublions pas que la signification d'un projet si organique en matière criminelle ne dépend qu'en partie de son application. La typologie conceptuelle de la police ébauchée ici est aussi importante, de même que le contexte fonctionnel dans lequel elle s'insère. Dans ce cadre, une rationalité

(55) *Ibid.*, p. 47.

(56) *Ibid.*, p. 62-63. Une série de garanties protège formellement la personne sur laquelle porte l'enquête: si elle obéit au mandat d'amener, elle se soumet à la protection de la loi et ne pourra subir aucun acte de violence (titre II, art. 4). En cas de désobéissance, le porteur du mandat peut recourir à la force, mais avec "*modération et humanité*" (art. 6), en respectant le principe selon lequel tout refus est un geste de "*désobéissance envers la société*" (art. 5). Si l'officier de police devant lequel comparait l'inculpé reconnaît, après l'avoir écouté, les conditions pour le poursuivre criminellement, il délivre un mandat d'arrêt. Dans le document, il faut mentionner l'identité de la personne et surtout le délit qu'on lui reproche. Sans cela toute détention serait arbitraire (art. 10). L'article 11 prévoit enfin que la force publique peut accéder au domicile des particuliers sur simple mandat de police ou sur ordonnance de justice. Les autres titres réglementent la procédure en cas de meurtre, en cas de flagrants délits et en cas de plaintes déposées par des particuliers qui s'estiment lésés par un délit. Pour ces derniers, les pouvoirs de la police varient en raison de la peine prévue pour le délit. Si pendant l'examen le prévenu qui risque une peine afflictive ne dissipe pas les soupçons qui pèsent sur lui, l'officier de police peut délivrer un mandat d'arrêt. S'il est inculpé d'un délit puni d'une peine infamante, il reste en liberté à condition de fournir une caution de comparution. Si, enfin, aucune de ces peines ne peut être appliquée, le plaignant peut demander réparation à l'accusé par la voie civile.

(57) *Ibid.*, p. 66.

juridique se forme: même si elle ne se traduit pas en dispositions normatives, elle vaut comme instrument d'observation critique. Le processus de transformation conceptuelle de la police, parfois brutal mais plus souvent laborieux et lent, est perceptible dans ces longues péripiéties d'un art oratoire parlementaire qui joue un même rôle pédagogique comparable aux préambules des anciennes ordonnances. De ce point de vue, le document présenté par Duport reprend un thème amplifié ou décliné par toute une série d'interventions vouées à distinguer la logique de l'instruction de celle du juge. Pendant la séance du 26 décembre 1790, par exemple, Robespierre insiste pour que l'on exclue du projet la compétence des maréchaussées de pouvoir juger à côté des juges de paix. D'autres, comme Baco de la Chapelle, se préoccupent des limites que ces mêmes juges de paix trouveront dans l'ensemble des témoignages, au détriment de la nation qui requiert "*protection pour la propriété et sûreté pour les individus*", mais au détriment aussi de l'accusé, qui exige une prompt justice ⁽⁵⁸⁾.

La majorité des interventions à propos du pouvoir des officiers de police posent le problème de leur rôle dans la phase initiale de recherche des preuves: sur la base de quelles présomptions le juge de paix peut-il délivrer un mandat d'amener, et donc violer la liberté des citoyens? Une justice criminelle, "*violente et prompte*", comme celle que le projet confère à la police, laisse une grande discrétion aux officiers qui, sur la base d'un témoignage unique, peuvent décider l'emprisonnement d'un suspect. Le problème est important, puisqu'il concerne la façon dont se forme le procédé qui aboutit à la décision judiciaire et les divers sujets qui y participent. En dehors de l'exigence première d'un *quis judicabit* incombant aux organes juridictionnels, c'est la phénoménologie matérielle de la décision qui est ici en jeu. Le juge n'intervient qu'au terme d'une procédure décomposée en degrés successifs d'évaluation: l'arrestation provisoire de l'accusé, l'examen du bien-fondé de la précédente décision, la décision d'entreprendre un procès s'il y a suffisamment d'éléments, l'expression de convictions sur les faits, et enfin, l'application de la peine. La police est le moteur de cette longue théorie de jugements, et sa volonté peut donc n'être qu'en partie guidée par la

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 670 s.

loi. D'où les soucis et les doutes qui habitent les députés, malgré la confiance qu'ils affichent à l'égard de la loi. Ne serait-il pas illusoire de parvenir à séparer *de facto* le pouvoir qui décide de celui qui exécute? Et la décision de police ne comble-t-elle pas un vide de pouvoir que le droit ne réussit pas à occuper? Ou bien encore, la "mesure" essentielle de la police ne sert-elle pas au fonctionnement du droit, tout en en révélant la limite? La "violence" de la décision policière est-elle une éventualité fâcheuse, toujours provisoire, que le droit a les moyens de neutraliser, ou n'est-elle pas plutôt une donnée nécessaire, qui conditionne et fonde les limites de la justice? "*La police de sûreté est antéjudiciaire*", proclame Thouret avec une conviction qui s'apparente plutôt à un souhait. Mais l'insistance avec laquelle la question est posée signale que les choses ne sont plus aussi simples. Dans la célébration de la loi comme limite de la force, on découvre incidemment le contraire, à savoir que la force est une limite de la loi. La force que la police exerce et la force à laquelle elle s'oppose sont impliquées dans la norme juridique. Comment la démarche préalable de la police dans la prévention du crime (*ante factum*) et dans l'établissement de la vérité (*post factum*) conditionne-t-elle et oriente-t-elle l'activité juridictionnelle qui suit? Celle-ci semble plutôt redevable à l'intervention policière d'une mise en place normative des exigences propres à la Révolution, c'est-à-dire des données irréductibles de l'histoire ⁽⁵⁹⁾.

Il faut prendre en compte l'autonomie réglementaire de la

(59) Cf. *ibid.*, p. 688 s. À ce sujet, les observations de W. BENJAMIN sont des plus pertinentes: "Il est faux d'affirmer que les buts de la police seraient toujours identiques à ceux du reste du droit, ou simplement qu'ils auraient un lien avec eux. Au fond le droit de la police indique plutôt le point où l'État, soit par impuissance, soit en vertu de la logique interne de tout ordre juridique, ne peut plus garantir par les moyens de cet ordre les buts empiriques qu'il désire obtenir à tout prix. Ainsi, "pour garantir la sécurité", la police intervient dans des cas innombrables où la situation juridique n'est pas claire, sans parler de ceux où, sans aucune référence à des buts légaux, elle accompagne le citoyen, comme une brutale contrainte, au long d'une vie réglée par des ordonnances, ou simplement les surveille. À l'opposé du droit, qui, dans la "décision", fixée selon le lieu et le temps, reconnaît une catégorie métaphysique, par laquelle il émet prétention à critique, l'institution policière ne considère rien qui touche à l'essence des choses. Sa violence est aussi dénuée de structure que son apparition fantomatique, insaisissable et omniprésente dans la vie des États civilisés". V. "Pour une critique de la violence", dans *L'homme, le langage et la culture*, cit., p. 36-37.

police qui ne se contente pas d'être un auxiliaire du pouvoir judiciaire. Ces questions épineuses et souvent inavouables agitent le discours pénal moderne sans pour autant être entièrement résolues. Ainsi, Prugnon, Senetz, Rey, Freteau, Duport, Robespierre, Thouret, s'interrogent sur un projet de loi qui mettrait au premier plan le cœur d'une institution policière et sa manière de s'appliquer. Entre les pétitions de principe et les amendements aux articles du projet, on voit apparaître l'embarrassante vérité du problème. Beaumetz, par exemple, au cours de la séance du 28 décembre 1790 consacrée à la recherche de preuves en cas de meurtres, constate: "*On demande quel degré de preuves est nécessaire pour qu'un citoyen soit regardé comme prévenu d'un meurtre; on nous réduit à l'impossibilité de faire une loi sur la police; car c'est impossible de prévoir tous ces cas; et si l'officier de police ne peut faire saisir un prévenu que dans les cas prévus, la police ne peut exister. Cependant, lorsqu'il s'élève contre un citoyen des soupçons qui donnent occasion d'examiner s'il y a lieu à accusation contre lui, il importe à ce citoyen même et à la sûreté de la société qu'il puisse être sur le champ saisi et entendu; autrement il faut supprimer la police; elle finit au moment où il y a des preuves et des présomptions légales à donner à la justice. Mettez de la sagesse dans le choix de l'officier de police et laissez-lui la latitude sans laquelle ses fonctions sont nulles*" (60).

Pour Beaumetz, la police risque de se dissoudre si elle ne dispose pas de la discrétion nécessaire. Mais en fait, le fonctionnement même de la procédure judiciaire est mis en danger: le droit devient inefficace sans une police en contact direct avec les réalités. La police gère donc l'enjeu essentiel de chaque ordre juridique: être le truchement entre le caractère impératif de la loi et l'irréductible multiplicité des actions et les faits. Ainsi, se construit un espace que les catégories du droit laissent vacant, à cause de leur limite constitutive. En se plaçant aux marges du droit — de l'Ancien Régime comme de l'époque moderne — la mesure de police manifeste une nature ambivalente. D'un côté, la règle de police *mesure* la force étatique et représente la justesse de la loi. Grâce à elle, on peut envisager le contrôle maximal et précis du gouvernement sur les actions et les choses. De l'autre côté, elle est la *mesure* de la force

(60) AP, XXI, p. 694.

sociale, dont elle tolère ou sanctionne les expressions. Elle est le baromètre du désordre, autrement dit, elle signale le degré de force non disciplinée juridiquement qu'un système peut tolérer. Qu'on la considère du point de vue "interne" d'une hiérarchie normative ou qu'on l'observe du point de vue "externe" comme mesure objective de la force sociale, la police reste une source autonome de normativité ⁽⁶¹⁾.

Au cours des débats, une nouvelle question se pose à propos de la collaboration entre police et citoyens. L'article 4 (titre IV) du projet prévoit la possibilité pour quiconque d'amener devant l'officier de police la personne soupçonnée d'un délit déjà dénoncé. Face aux critiques sur les éventuels excès de la justice privée qu'une telle mesure risque de favoriser, Duport défend au contraire le nouvel esprit communautaire ainsi encouragé: "*en général, le défaut de l'ancienne police était d'ôter aux citoyens le droit de concourir au maintien de la tranquillité publique; son principe était d'isoler les citoyens. Il faut aujourd'hui établir entre eux le plus de rapports possibles; il faut établir la communauté des citoyens*" ⁽⁶²⁾. Le problème est évidemment de légitimer à nouveau le recours à des "observateurs" de police qui, sous l'Ancien Régime, s'étaient disqualifiés en encourageant un système de délation diffuse, dont les effets auraient été dévastateurs sur la cohésion sociale. La responsabilité de chaque citoyen de dénoncer un suspect à la justice est un bon exemple de civisme, et contribue à la transparence de la procédure policière qui, jusqu'ici, reposait sur le secret et les mouchards.

La situation se distingue beaucoup de celle du passé. À l'époque du commissaire Delamare, la police trouvait sa principale légitimation dans son "administration" munificente ⁽⁶³⁾. Elle fournissait un

⁽⁶¹⁾ Voir en revanche les considérations de FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 798 s., selon lequel l'ambiguïté de la police correspond parfaitement à l'esprit de l'absolutisme, et il est donc contraire à la division des pouvoirs de l'état de droit. Ceci n'exclue pas, toutefois, que ce que la police signifie comme force fondatrice de droit reste au-delà des mutations institutionnelles. L'état de droit peut et doit fermement cultiver le projet de racheter cette force, avec la conscience, néanmoins, que tout ordre "légal" ne peut feindre de sacrifier le fondement "matériel" qui le soutient.

⁽⁶²⁾ AP, XXI, p. 707.

⁽⁶³⁾ N. DELAMARE, *Traité de la police*, 4 vol., Cot, Paris 1705-1738.

très grand nombre de prestations sans lesquelles aucune communauté n'était jugée possible. Sur le plan de la "sûreté", en revanche, elle révélait un visage vexatoire qui, au lieu d'apaiser la situation, finissait souvent par alimenter la tension et les conflits sociaux. Dans l'esprit des membres de l'Assemblée constituante, la police doit maintenant se requalifier comme garante effective de la tranquillité publique, et promouvoir sur ce terrain la vie de la communauté. Le lien entre les citoyens ne doit plus être recherché dans la satisfaction des besoins, mais dans la confiance en une instance supérieure qui est celle du droit et de la justice. Le concentré théorique de cette tendance se trouve dans la position exprimée par Peuchet. L'article paru dans le "Moniteur universel" du 17 mai 1790, entre les deux rapports de Duport à l'Assemblée constituante, résume la nouvelle attitude critique à l'égard de la police de sûreté. Le raisonnement reprend les enjeux les plus importants de la matière, à propos du principe fondamental de légalité. Le texte présenté par Duport quelques mois auparavant avait réaffirmé ce principe, tant de manière générale ("*la loi et les formes qu'elle prescrit sont, en matière criminelle surtout, la plus précieuse des propriétés publiques*" (art. 30)), qu'en des termes plus circonstanciés: "*un homme est injustement puni: 1^o lorsque l'action qu'il a commise n'est pas défendue par une loi précise; 2^o lorsque la peine qu'on lui inflige n'est pas exactement déterminée; 3^o lorsque la société n'a pas pris les moyens de lui faire connaître ces deux lois*" (art. 10) ⁽⁶⁴⁾. Pour Peuchet, il s'agit maintenant de défendre la suprématie de la loi, non seulement pour des raisons de principe mais surtout pour limiter l'action policière qui s'est depuis toujours développée entre les faits et la norme. Peuchet est bien conscient de cette zone d'indifférence occupée par la police. Il radicalise la distinction entre loi et police en percevant dans l'action de celle-ci l'étroite complicité entre norme et pure force: "*Le législateur ne peut pas établir deux modes de société opposés et contradictoires; il ne peut pas dire: vous n'obéirez qu'à la loi, vous ne devez de compte qu'à la loi, vous ne serez puni que par la loi, enfin la loi seule existera pour vous protéger, vous conduire, vous éclairer; et cependant dire: on pourra préjuger le vœu de la loi, devancer son action, la modifier, faire plus ou moins qu'elle, faire*

(64) AP, X, p. 746 et 745.

autrement qu'elle et vous surveiller par quelque chose qui n'est pas elle, vous entourer de quelque chose qui n'est pas elle et qui peut par conséquent détruire ou rendre illusoire votre droit à la protection que vous attendez d'elle" (65).

Une caractérisation aussi rigide empêche tout compromis: dans un état de droit, pour reprendre une distinction récente, le pouvoir est en même temps *sub lege* et *per leges*, soumis aux lois et exercé par le moyen des lois (66). De sorte que la police ne peut dépasser les objectifs que la loi lui assigne. Lorsque le maire de Paris, Bailly, s'adressera à l'Assemblée Nationale lors de la séance du 18 novembre 1790, afin de susciter une prise de conscience sur les problèmes urgents d'ordre public dans la capitale, il demandera précisément un mandat légal, "*une loi de police qui nous autorise à agir avec justice et sûreté*" (67). La fonction de la loi consiste à restreindre la place de l'arbitraire et elle peut alors empêcher que l'on adopte les mesures les plus adéquates aux circonstances. Avec de telles mesures, en effet, on risque de sacrifier la connaissance de ce qui s'est réellement passé au profit de l'éventualité du possible, la certitude des comportements à l'hypothèse des intentions. En de telles circonstances, met en garde Peuchet, "*on établit le gouvernement des convenances: la propriété, la liberté, la sainteté du domicile disparaissent devant la prétendue nécessité d'empêcher un délit qui n'arrivera peut-être pas, et dont on ne peut soupçonner quelqu'un que par un jugement anticipé qui devient un crime, dès-là qu'il est méconnu de la loi*" (68).

Ainsi, de même que la pensée économique avait réclamé le démantèlement de l'arsenal policier planifiant le commerce, Peuchet remet maintenant en question une certaine idéologie de la "prévention". Mieux vaut supporter quelque infortune de la vertu que les atteintes à la liberté infligées par des précautions de police méthodiques, tout comme les Anglais auxquels Peuchet se réfère ouvertement lorsqu'il parle d'"*un peuple aussi moral que nous au moins et*

(65) J. PEUCHET, "Réflexions sur l'institution des lieutenants de police avec faculté de prévenir les délits et d'en rechercher les auteurs", *Le Moniteur Universel de 1789 à 1799*, 31 vol., réimpr., Plon, Paris 1840-45, IV, p. 380.

(66) N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino 1984, p. 154 s.

(67) *Archives parlementaires*, XX, p. 522.

(68) *Réflexions*, cit., p. 380.

qui a prudemment préféré quelques abus de licence à la corruptrice police des espions, à ces moyens de prévenir les délits autrement que par des peines commandées par la loi" (69). Le fonctionnaire aborde ici un argument décisif pour la théorie moderne des garanties personnelles en matière pénale: la façon légitime de prévenir les délits est de les réprimer. Les peines prévues par la loi pour des situations formellement établies sont la seule force de dissuasion. Tout autre instrument préventif offense la liberté. Il est inévitable que dans un tel cadre, les pouvoirs de la police classique soient remis en discussion, ce qui n'empêchera pas, plus tard, que soient élaborées des stratégies de sécurité sociale plus raffinées et aussi plus perverses, sous le masque rassurant de l'état de droit (70).

La "Loi sur la police de sûreté, la justice criminelle et l'institution des jurés" voit enfin le jour le 16 septembre 1791. Ce n'est que le premier pas vers une révision globale des pouvoirs de l'institution qui investit aussi d'autres domaines de son activité. Si la différenciation fonctionnelle en sous-systèmes est le trait caractéristique du

(69) *Ibid.* Commentant les données qu'établissaient une comparaison statistique entre l'Ancien Régime et la période révolutionnaire à propos des déclarations de vols et captures survenues à Paris lors des hivers 1789 et 1790, d'où ressortait l'augmentation des premières à cause des désordres révolutionnaires et la diminution des secondes, grâce à l'élimination de l'espionnage, Peuchet observait: "*Ce dernier résultat est fâcheux sans doute pour les partisans de la liberté civile: mais c'est inévitable; il faut, ou être personnellement livré à l'arbitraire de l'espionnage de la police, ou se résoudre à mieux fermer ses portes, à connaître les gens avec qui l'on contracte, et même à être un peu volé, malgré tous les soins qu'on se donnera. C'est au public à dire s'il aime mieux courir le dernier que le premier danger; je dois dire que la police penche pour le premier, afin qu'on sache que je ne suis point de cet avis, qui va droit à rétablir au moins une inquisition stupide et avilissante, pour faire retrouver à quelques individus leurs montres, leurs créanciers, leurs maîtresses, ou quelques escrocs*". *Ibid.*

(70) Il suffit de penser, à ce sujet, à l'action préventive de grande ampleur reconnue à la police par la "Scuola positiva" italienne de la deuxième moitié du XIXe siècle. En élaborant une théorie de la défense sociale qui peut être considérée comme le modèle idéal du droit pénal dans les régimes totalitaires, quelques exposants de cette école préconisaient un véritable droit de police, composé de mesures préventives et de sécurité qui fonctionnaient comme contrepoids du code pénal. Des personnalités symptomatiques, suspectes et dangereuses, légitimement, selon ce système, l'application de mesures restreignant la liberté, indépendamment de la commission d'un délit. Sur ces points, v. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 797 s.

droit moderne, on peut constater que la police elle-même commence à expérimenter la complexité de ses différences.

5. *Police et justice.*

La proximité dangereuse entre police et justice ne cesse pas de hanter la conscience du droit contemporain. Pour les juristes, la tentative de marquer les différences entre ces deux pouvoirs se révèle être une tâche aussi nécessaire que malaisée. Les débats révolutionnaires témoignent de la difficulté à penser cette zone hybride occupée précisément par la police. Il n'est pas sans intérêt, alors, de revenir sur les considérations proposées par Malesherbes, directeur de la Librairie de 1750 à 1763 et ensuite ministre de Louis XVI, pour mieux garder à l'esprit la distinction conceptuelle entre ces deux sphères d'action. Dans les célèbres *Mémoires sur la librairie* écrits en 1759, Malesherbes esquisse ainsi la forme propre à la justice et à la police:

dans l'ordre judiciaire du royaume, tel qu'il est établi, la justice peut se rendre bien partout, mais la police ne peut jamais être faite avec soin que dans les villes où il y a des intendants, parce que la police demande une vigilance et une sévérité qu'on ne peut pas attendre d'un juge qui n'a rien à craindre ni à espérer du gouvernement, et pour qui au contraire il est très important de ne pas se faire de querelles avec ses compatriotes, de qui il attend tout l'agrément de sa vie et toute sa considération. De plus, la police demande aussi des vues supérieures et générales qu'on n'a jamais sans être en relation directe avec le ministère, et une autorité pour la promptitude de l'exécution, qui n'est confiée qu'aux intendants ⁽⁷¹⁾.

C'est le type de dynamisme qui caractérise d'une façon différente les deux pratiques. La fonction judiciaire poursuit des principes formulés dans des énoncés normatifs, qui, par leur valeur générale, peuvent s'appliquer partout. Elle est un simple processus technique garantissant l'ubiquité de la pratique et n'est pas conditionnée par la prise en considérations d'autres facteurs. Le cas d'un procès se transforme d'accident factuel en situation de droit, une fois que le jugement l'a intégré au modèle normatif supposé. Par cette simple séquence formelle, la fonction-justice peut être généra-

(71) CH.-G. DE LEMOIGNON DE MALESHERBES, *Mémoires sur la librairie. Mémoires sur la liberté de la presse*, Imprimerie Nationale, Paris 1994, p. 134-135.

lisée sans limite aucune. Elle s'appuie sur un syllogisme qui unit vérification factuelle et dénotation juridique. L'application concrète, par ailleurs, ne peut présenter de tels automatismes, à commencer par le repérage précis des faits matériels et des problèmes d'interprétation qui en découlent pour le juge. Toutefois, notre intention n'est ici que de signaler le mécanisme syllogistique qui différencie, en dernière analyse, l'opération judiciaire de l'activité législative et administrative. Il n'y a qu'une justice dans tout le royaume et un unique schéma logique sert à la réaliser. C'est pourquoi Malesherbes insiste sur l'absence de liens entre juge et milieu extérieur, qu'il s'agisse du gouvernement ou d'un quelconque citoyen privé. Plus que la neutralité de la justice incarnée dans la figure d'un "tiers", ce qui semble décisif, c'est un principe d'indifférence envers le réel. L'universalité de la justice repose avant tout sur la présomption qu'elle ne dispose d'aucune connaissance *a priori*, en dehors de la connaissance de la loi. Sa fonction peut devenir générale grâce à cette ignorance de départ. C'est seulement dans un deuxième temps qu'elle prend connaissance des données spécifiques du cas. Cette présomption d'ignorance ne correspond pas à l'image du "voile d'ignorance" formulée par J. Rawls, comme une condition nécessaire pour éviter que le choix des principes fondamentaux ne se ressentent des inégalités entre les parties ⁽⁷²⁾. C'est la justice entendue comme fonction juridictionnelle, comme pratique et non comme univers déontologique, qui se fonde sur cette prétérition originelle des situations concrètes.

La police, en revanche, n'a pas pour objectif des principes, mais des hommes et des choses. Elle opère donc sur le plan des faits et non sur celui des significations. D'où la difficulté à en concevoir une application diffuse et immédiate, car la situation concrète ne correspond pas à un schéma de conversion universelle, toujours valide *a priori*, indépendamment des lieux, des personnes et des objets. Le cas particulier ne se transforme pas ici en espèce: d'épisode de la vie il ne devient pas fait constitutif d'une situation juridique, reconnaissable en tant que telle par tous et valable pour tous. La police se réalise par un processus additionnel, somme des nombreuses polices exercées dans des lieux différents, irréductibles les unes aux autres.

(72) V. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, Paris 1987, p. 38.

Elle n'est en rien une pratique obéissant à un schéma préétabli, valide inconditionnellement. Elle ne relève pas d'une logique auto-suffisante qui s'appliquerait à tous les *hic et nunc* sans que soit modifiée son identité. À l'extérieur des dispositifs qui sont les siens, elle se réalise dans l'histoire des objets sur lesquels elle s'exerce, c'est-à-dire dans les *exempla*. C'est ce que Malesherbes laisse entendre lorsqu'il parle de "promptitude de l'exécution": la police est cette poursuite interminable d'un réel dont elle se saisit pour en recueillir des fragments et les recomposer en un tout qui n'est par hypothèse jamais fini. Et puisque la vérité de la police ne se trouve pas en elle, mais dans les objets qui l'entourent, ce conditionnement factuel fait sans fin varier sa forme. En bref, ce sont les circonstances qui décident de la configuration du pouvoir policier. Les caméralistes allemands qualifiaient de *plus ultra* ce mode d'agir typique de la police. Comme l'observait Zincke, "*erste und wichtige Hauptregel zu merken, daß man nehmlich beständig zum vollkommenern Zustand fortzugehen, und das vernünftige plus ultra beobachten müsse*" (73). On a affaire ici à une définition beaucoup moins idéalisée de ce que laisserait penser la référence à la "perfection" (*Vollkommenheit*). En réalité, un principe d'inadéquation au réel constitue le préalable et le fondement même de la police. La condition implicite de son action est que l'imperfection de la réalité dépend toujours des limites des dispositifs gouvernementaux, corrigibles à l'infini. Constatant mobile, la machine policière se projette virtuellement au-delà de ses propres capacités. Elle ne fait jamais "état", car elle est constamment obligée de se dépasser (74).

Il en va autrement avec la décision judiciaire qui s'impose à la réalité. La justice n'est pas déterminée par le monde extérieur, car elle contient déjà en elle la mesure rationnelle qui la rend valide selon un mécanisme d'inférence, à savoir le processus logique qui subsume le fait dans les mots, le particulier dans le général, abstraction faite des circonstances dans lesquelles l'opération a lieu. La

(73) G. H. ZINCKE, *Cameralisten Bibliothek*, 4 vol., Jacobi, Leipzig 1751-1752, I, p. 62 (réimpr. en 2 vol., Auvermann, Glashütten in Taunus 1973). Sur les caméralisme voir récemment L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 155 s.

(74) Après les faits du sommet du G 8 à Gênes en juillet 2001, cette tension "illimitée" de la police s'est manifestée de la manière la plus tangible.

démarche de la police, en revanche, procède seulement par applications partielles qui peuvent tendre au général, sans toutefois l'atteindre jamais. Tout régime anti-démocratique rêve de combler la partialité des inductions propres à la rationalité policière, grâce à une inférence systématique comparable à celle accomplie par le juge. Il faudrait réviser, alors, la *communis opinio* qui considère tout modèle autoritaire comme une défaite de la justice remplacée par un État policier. En réalité, un régime autoritaire réussira d'autant plus à se réaliser que sa police parviendra à l'automatisme logique et au mode d'application généralisée de l'opération judiciaire, qui se résout dans le seul jugement de correspondance entre prévision normative et fait. Ce n'est pas un hasard si le plus grand effort spéculatif dans ce sens a été produit par Hegel. Théorisant le *Polizeistaat* expérimenté dans les territoires allemands, Hegel saisit la nécessité de fondre les deux pratiques dans le pouvoir gouvernemental: "*Cette subsomption des affaires particulières sous l'universel est la tâche propre du pouvoir gouvernemental, dans lequel sont également compris le pouvoir judiciaire et le pouvoir de police, qui se rapportent immédiatement à l'élément particulier de la société civile et qui font prévaloir l'intérêt général dans ces buts particuliers*" (75). Au fond, lorsqu' en 1679, l'intendant du Limousin H. d'Aguesseau, père du chancelier célèbre, en écrivant à Colbert se posait la question d'une police qui étendrait le modèle parisien sur la totalité du territoire de l'État (76), ce n'était pas seulement l'utopie d'un panoptisme souverain qu'il caressait. Il affrontait surtout un problème concret de rationalité pratique que Malesherbes perçoit d'une manière aiguë et pour lequel Hegel trouvera une solution autoritaire: donner à la police cette mesure universelle qui appartient à la justice.

(75) G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'état en abrégé*, Vrin, Paris 1975, § 287, p. 299.

(76) V. *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*, 10 vol., éd. par P. Clément, Imprimerie impériale, Paris 1869 (réimpr. Kraus, Nendeln 1979), VI, p. 10.

OSKAR BÜLOW

LEGGE E UFFICIO DEL GIUDICE (*)

Nota preliminare. — Introduzione. — 1. Affinità tra legge e giudizio del giudice. — 2. Differenze tra norma posta dal legislatore e norma posta dal giudice. — 3. La vocazione del giudice a creare il diritto nella storia del diritto. — 4. Il diritto posto dal giudice nell'ambito dell'odierno diritto legislativo. — 5. Considerazioni finali. — *Postfazione* del traduttore.

Nota preliminare.

Due pubbliche conferenze sono alla base di questo scritto: il discorso da me tenuto come ex-rettore dell'Università di Tubinga il 6 marzo di quest'anno, in occasione del genetliaco di Sua Maestà il Re Carlo del Württemberg, e la prolusione, di alcune settimane anteriore, all'atto del mio insediamento all'Università di Lipsia come professore ordinario.

La brevità dello scritto sembrerà a qualcuno non proporzionata all'importanza dell'argomento. Vistomi costretto, già dalle prime stesure, ad una trattazione del ricco materiale che fosse il più possibile concisa e nello stesso tempo aperta alla comprensione dei più, esitai a privarmi subito del vantaggio della brevità, ottenuto non senza difficoltà. Perciò, una volta ripresi in mano entrambi i lavori per rifonderli in uno solo, grazie anche a sollecitazioni di terzi, ho resistito alla tentazione di farli crescere in uno scritto di più ampia portata. In conseguenza di ciò, mi sono sentito autorizzato a non prendere in considerazione la letteratura sul tema. Tuttavia, ho ritenuto di dover dar conto dell'*iter* grazie al quale sono giunto a

(*) Oskar BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1885, pp. VII-XII, 48, ristampa anastatica Scientia Verlag Aalen, 1972.

Traduzione e *Postfazione* di **Paolo Pasqualucci** (2002).

render pubblica una dottrina radicalmente contraria alle concezioni dominanti.

Per quanto le mie conclusioni appartengano alla teoria generale delle fonti, non sono comunque scaturite da riflessioni indotte da uno studio ripetuto delle questioni inerenti alle fonti del diritto. Invece, si sono sviluppate da considerazioni e ricerche di diritto processuale, in particolare da quelle rivolte alla natura e all'efficacia del giudizio del giudice.

Da esse scaturì in primo luogo la convinzione, da me già esposta nello scritto del 1868 sulla dottrina delle eccezioni e dei presupposti processuali (p. 3), che le pronunce del giudice siano molto più affini di quanto normalmente si creda alle norme di diritto obiettivo. Quest'opinione si accordava, almeno come tendenza generale, con la dottrina sulla natura del giudizio del giudice, sviluppata in modo approfondito da Kierulff nella sua *Theorie des gemeinen Civilrechts* (1839), che tuttavia era rimasta sorprendentemente ignorata, certamente a causa dell'influsso predominante esercitato dalle teorie processualistiche di Puchta e Savigny (*System d. heut. röm. R.*, vol. 6, 1847), menzionanti appena la concezione di Kierulff. Ma forse, ciò era dipeso anche dal fatto che il punto di vista di Kierulff, presentato in modo apodittico, non aveva trovato un terreno sufficientemente preparato. Ipotesi questa, suggeritami dalla mia esperienza personale, dal momento che il significato delle argomentazioni di Kierulff mi era rimasto del tutto nascosto e persino incomprensibile, prima che giungessi a conclusioni simili alle sue, grazie alle mie ricerche processualistiche. Per il resto, una visuale affine alla mia era apparsa, per quanto mi consta, solo nelle luminose osservazioni stiluppate da Bähr, nell'introduzione al suo *Rechtsstaat* (1864).

La mia concezione di fondo cominciò a consolidarsi a poco a poco e a svilupparsi più compiutamente. In una conferenza del 1875, tenuta in una società scientifica di Tubinga, sulle inevitabili deviazioni che il diritto applicato nella giurisprudenza dei tribunali mostrava rispetto al diritto di origine legislativa, potei già spingermi ad esporre una parte delle tesi che nella presente opera sono state meglio maturate e meglio fondate. Da allora, non sono mai mancate prese di posizione di altri autori, capaci di rafforzarmi nella convinzione di proseguire nel cammino intrapreso.

Degenkolb, nella sua opera sull'obbligo di costituzione in giudizio e regola di giudizio (1877), sostenne, anche se con alcune riserve e limitazioni, che il giudizio del giudice è simile alla norma della legge positiva. Le ossertazioni di Jhering nel suo *Zweck im Recht* (1877, vol. I, pp. 327-333) sul "precetto individuale", anche se senza alcun nesso con il giudizio del giudice, contribuirono alla piena maturazione delle mie riflessioni sulla concreta creazione del diritto da parte del giudice. Ma già da tempo avevo trovato nei primi scritti di Jhering sostanziose aperture nei confronti di molte questioni essenziali, indirettamente connesse con il problema in esame.

In occasione del saggio su *fictio iuris* e verità nel processo civile, del 1879 (Archiv f.d. civil. Praxis, vol. 62, pp. 1-96), giunsi poi a vedere chiaramente l'insostenibilità di un importante concetto-base, quello rappresentato dalla *fictio* abitualmente accettata, secondo la quale tutti i giudizi del giudice sono conformi alla norma posta dal legislatore. In un *excursus* (pp. 93, 94) schizzai un quadro già più approfondito della mia concezione dell'ufficio del giudice. Nel mio saggio sul diritto processuale dispositivo, nella stessa rivista, nel 1881, a p. 84, ho poi accennato ad ulteriori spunti.

Tutti questi miei cenni ed allusioni non hanno trovato fino ad oggi opposizione alcuna. E ciò potrebbe forse far ben sperare, se pensiamo a cosa è quasi sempre successo, ogniqualvolta è apparsa all'orizzonte una nuova dottrina giuridica. Ma non è mancato nemmeno l'assenso aperto. Nel modo più completo, da parte di Klöppel, nel suo scritto sull'*exceptio rei iudicatae* (*Einrede der Rechtskraft*, del 1882, soprattutto alle pp. 66-67), il quale ha esposto le mie argomentazioni in modo profondo e penetrante e le ha sviluppate in maniera indipendente. Invece l'opera di A.S. Schulze, *Privatrecht und Prozess*, (I parte, 1883), nonostante alcuni apparenti punti di contatto con la mia concezione, imbrocca una strada che vi si discosta alquanto. Tra le prese di posizione che lasciano scorgere una concordanza almeno parziale con le opinioni da me qui sostenute, sottolineo: Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. 3, Sez. 2 (1882), p. 25; Merkel, *Juristische Encyclopedie* (1885), specialmente le pp. 165-167; Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (Discorso per l'assunzione del Rettorato all'Università di Lipsia, 1884), nel quale, a p. 13 e 14, sotto l'impressione immediata di una produzione legislativa della massima importanza, fa tuttavia rilevare

in modo pregnante l'insufficienza e la mancanza di completezza della normativa posta dal legislatore.

Mi permetto quindi di esprimere la speranza che il presente mio tentativo, ben più ambizioso dei precedenti, teso a sviluppare e fondare compiutamente una teoria della creazione del diritto da parte del giudice, non si dimostri estraneo ad un modo di sentire che oggi, per quanto inespresso, non è perciò meno diffuso. La vera dimostrazione della giustezza del cammino intrapreso, dipenderà però dal fatto seguente: se i giudici, ai quali lo scritto è soprattutto rivolto, troveranno di nuovo, in queste pagine, ciò che soddisfa pienamente e vivifica la loro vocazione!

Lipsia, 30 maggio 1885

Introduzione

Viviamo in un'epoca fervida di leggi e che accoglie le leggi con gioia. La fiducia sulle effettive capacità del diritto di origine legislativa è però in una certa misura scemata, da quando le ricerche di storia del diritto hanno dischiuso una prospettiva più approfondita, ingenerando la convinzione che esista, accanto alla legislazione, anche un altro modo di formazione del diritto, per nulla inferiore. Ma ci si è dovuti rassegnare al fatto che proprio nella nostra epoca il diritto di origine non legislativa, almeno come appare nei risultati di quelle ricerche — vale a dire il diritto consuetudinario — ha subito l'atrofia più radicale. Con mancanza di riguardi ancora maggiore che in passato, la legislazione si è impadronita del mondo del diritto. Al diritto consuetudinario resta appena un misero posticino, concesso graziosamente dalla legge.

Tuttavia è difficile affidarsi in tutta tranquillità alla fede nella sovranità assoluta della legislazione. Chi cercasse di stabilire il compito e l'efficacia dell'ufficio del giudice in tutto il significato veramente grande che possiede, lo vedesse cioè nel suo rapporto con il diritto di origine legislativa, non potrebbe sottrarsi ad una miriade di impressioni, che inducono tutte ad ammettere in quest'ufficio l'esistenza di un forza doviziosamente ordinatrice e creatrice del diritto; forza mantenutasi all'interno di tutto il diritto posto con la legge, dal momento che non può esser annientata: mai,

nemmeno ad opera della legislazione più completa e più compiuta possibile.

Le riflessioni su questo tema devono esser qui esposte in modo conciso. Esse esprimono la mia convinzione e cioè che, accanto al diritto creato dalla legge, dobbiamo ammettere l'esistenza di un vero e proprio diritto di *origine giudiziale*, che non coincide con il diritto consuetudinario né da esso deriva.

1. *Affinità tra legge e giudizio del giudice.*

Mediante la legge, il potere statale determina che cosa debba valere come diritto. Nella cura per il benessere della comunità, il legislatore richiama alla mente in anticipo in qual modo possano esser configurati in futuro i rapporti e le situazioni, i fatti e le azioni degli uomini, e vi applica la regola dell'imperioso bisogno sociale, di ciò che è giuridicamente necessario. Esamina sino a che punto può esser consentito un libero dispiegamento delle aspirazioni individuali, intese al promovimento di un bene particolare, nel caos e nella lotta delle forze sociali che si sorreggono e si oppongono a vicenda; e sino a che punto i singoli dovranno esser sollecitati a cooperare al bene degli altri e dovranno all'opposto ricevere dagli altri appoggio e irrobustimento. Una volta trovate le linee di demarcazione, le registra nel modo più chiaro e più netto possibile nella sua immagine del futuro.

Ma tutto ciò non è diritto vigente, si tratta solo di un *piano*, dell'*abbozzo* di un ordinamento giuridico futuro, di un ordinamento *desiderato*: di ciò che il legislatore sarà in grado di fare con le sue forze.

E come in generale le persone sottoposte alla legge, guidate da un'esatta comprensione della legge e fornite della retta disposizione, osservano spontaneamente il suo comando; così all'opposto, la stoltezza e l'incuria, l'interesse e le passioni della natura umana fanno sorgere d'ogni lato ostacoli all'attuazione dei progetti giuridici del legislatore. Perciò la legislazione deve contentarsi di riuscire a mostrare solo sul piano dei comandi la via che conduce all'instaurazione di un effettivo ordinamento giuridico. Ma per *assicurare* comunque siffatta instaurazione, lo Stato dispone, accanto ed anzi anteriormente all'apparato legislativo, di un'altra istituzione

giuridica, l'ufficio del giudice. L'attività del giudice contribuisce a far progredire e a completare l'edificazione dell'ordinamento giuridico, che la legge ha solo iniziato.

L'attività del legislatore si limita al solo comando giuridico astratto. È solo grazie al lavoro istituzionale del giudice, ininterrotto e fedele, che l'ordinamento giuridico, per quanto è possibile al discernimento e alle capacità umane, diventa ciò che deve essere: un potere che domina effettivamente la vita degli uomini, superiore ad ogni realtà ad esso scientemente contraria.

Ma qui non è affatto questione dell'esercizio concreto di questo potere. L'attuazione delle azioni esecutive del diritto è la conseguenza, non il contenuto dell'attività del giudice, poiché, senza bisogno di ricorrere ai giudici, lo Stato è ben capace di crearsi, in modo sicuro e adeguato, le forze delle quali ha bisogno per spezzare la volontà che si oppone al diritto. Nella mano del giudice non è stata messa la spada bensì la bilancia della giustizia. Egli deve valutare e decidere che cosa sia giusto. L'essenza dell'ufficio del giudice riposa sul giudizio.

Da ciò deriva la credenza secondo la quale l'attività del giudice altro non sarebbe che una pura attività intellettuale, come ogni altro giudizio: un'operazione logica, una deduzione conclusiva, per la quale la norma di legge costituisce la premessa maggiore mentre la fattispecie da giudicare ne è la minore. E con ciò si è anche convinti, di solito, di aver colto esattamente la natura del giudizio del giudice ed il suo rapporto con la legge.

Ma se ciò fosse vero, allora tra ufficio del giudice e legge verrebbe certamente alla luce una differenza nelle disposizioni di fondo e nelle finalità, che mal si accorderebbe con la stretta connessione di cui sopra. Un'attività di pensiero che fosse rivolta unicamente a mettere in luce le verità giuridiche già belle e pronte nella legge, una mera operazione di sussunzione logica non potrebbe valere come un'attività specifica del potere statale che costruisce l'ordinamento, non potrebbe essere simile per natura alle dichiarazioni di volontà del legislatore e quindi intesa a continuare la creazione del diritto lasciata incompiuta dalla legge. Altrimenti bisognerebbe chiedersi se ai giudici, tranne nel caso in cui godano accidentalmente di una carica statale estranea alla giudicatura, possa esser permesso in generale di prender parte all'amministrazione

dello Stato e se non sia più giusto, invece, collocarli tra quei saggi i quali servono da privati la società, unicamente con la loro attività di pensiero, la loro scienza e sapienza. E ciò, nonostante si debba riconoscere al giudice, di contro a tutti gli altri rappresentanti della scienza, la caratteristica altamente onorifica ma anche molto scomoda di dover rispondere, e subito, a tutte e ciascuna le questioni che investono la sua competenza, con un chiaro “sì” o un “no”, non potendo darsi per lui né *Ignoramus* né *Ignorabimus*.

Ma ciò che il giudice ha da offrire con il suo giudizio allo Stato e all'ordinamento giuridico, non è però affatto una pura attività di pensiero. Il giudizio del giudice, non è tale nell'usuale significato logico del termine. È qualcosa di più ampio, più pregnante, più forte di ciò che il termine sembra dire!

È vero che questo giudizio, come qualsiasi altra meditata dichiarazione di volontà, si fonda su di un'attività mentale: però contiene ed esprime una qualificazione giuridica, una prescrizione giuridica. È una manifestazione di volontà e precisamente, in modo simile alla legge, una dichiarazione della volontà giuridica del potere statale.

Lo Stato non rende noti i suoi comandi, le sue autorizzazioni, i suoi divieti giuridici, unicamente attraverso la muta parola della legge: si serve anche della bocca del giudice, la cui parola è persino più precisa e più penetrante. Sia la sentenza del giudice che la legge sono atti del potere statale che regola l'ordinamento. Le norme poste dal giudice sono compenstrate della forza e del potere di costrizione dello Stato, allo stesso modo delle leggi. Il giudizio del giudice possiede la forza della cosa giudicata, porta in sé l'intera forza vincolante del diritto. La norma posta dal giudice è dotata, nel suo proprio ambito, della potenza di una prescrizione giuridica immutabile e persino in misura più ampia, con una efficacia immediata ancora più forte della normativa legislativa, che è puramente astratta. La forza della cosa giudicata è più potente di ciò che ha forza di legge. Il giudizio passato in giudicato si mantiene anche quando è contrario alla legge. Il potere statale artefice dell'ordinamento pronuncia la sua parola definitiva non con le leggi ma solo con le sentenze dei giudici!

La forza della cosa giudicata, che costituisce anch'essa l'ordinamento, fonda la peculiarità, l'essenza del giudizio del giudice, non il

sillogismo richiesto per produrla. E proprio per questo, tale giudizio viene concepito come strettamente affine alla legge; perché è alquanto diverso dai normali processi mentali dei singoli, che l'uso corrente si compiace di indicare con il nome generico ed assai poco qualificante di giudizio. E diverso, in particolare, anche dalle valutazioni giuridiche eseguite ogni giorno, non dai giudici, ma da un qualsiasi privato per il proprietario di un bene o per il creditore; eseguite da ogni parte processuale che sostenga o contesti un diritto. Anche qui abbiamo un'attività di pensiero che mira alla conoscenza di verità giuridicamente rilevanti. Ma i giudizi giuridici dei privati non sono per l'appunto altro che mera attività intellettuale: il privato può certamente valutare la questione di diritto ma non può processare né tantomeno condannare. Il suo giudizio è impotente. Non possiede la forza vincolante del diritto, non ha il significato di una norma dello Stato e quindi nemmeno di una sentenza. E ne è talmente privo, che si esita alquanto ad attribuire alle conoscenze e ai significati giuridici elaborati dai privati il predicato del "giudizio", conferito invece ad ogni qualificazione giuridica del giudice, mentre all'opposto la scienza che ha ad oggetto l'intera dottrina del giudizio, la logica, suole giustamente trattare con la sobrietà di una matrigna le specie fondamentali dei giudizi dei giudici.

Voglio limitarmi ad un'ipotesi di carattere generale, su come mai lo sviluppo del linguaggio sia giunto a scegliere e ad applicare con particolare predilezione il termine "giudizio" per caratterizzare la sentenza del giudice, termine fuorviante nella sua generalità, che ne rende assai malamente l'autentico significato. Giudizio, ordalia (Urtheil, Ordâl, ordôl), è un'antica parola del ramo linguistico tedesco, che finì con l'esser utilizzata esclusivamente per le sentenze del giudice, pur non contenendo riferimento particolare ad operazione logiche checchesia. Essa permetteva di individuare con sufficiente chiarezza i mezzi, un tempo ammessi e particolarmente apprezzati, utilizzati per produrre la sentenza (giuramento — Giudizi di Dio). Ma quanto più nel decorso del tempo si fece valere nei confronti della sentenza l'esigenza che essa dovesse esser fondata su prove accurate e razionali, tanto più l'atto del giudizio poté apparire quale esempio eminente di un procedimento ponderato di deduzioni logiche. Nelle udienze e nei dibattiti dovettero emergere, con particolare gravità e drammatica evidenza, sia la difficoltà sia la

grande importanza della deduzione razionale della conoscenza di una verità da altre verità, già acquisite. In quest'ambito, ci si abituò ad un determinato metodo del ritrovamento della verità e ad apprezzarlo: nell'ordinamento processuale si realizzò una logica richiesta e sanzionata dalla collettività. In tal modo, si può forse comprendere perché in un secondo tempo il linguaggio scientifico, alla ricerca di una schietta parola tedesca per indicare quel processo mentale, abbia pensato al termine "giudizio", originariamente ad esso del tutto estraneo.

Con l'uso dell'altro termine che si applica alla sentenza, espressione di un similare orientamento d'idee — voglio dire della parola "conoscenza", nel senso di "giudizio" — la lingua tedesca ha conservato il suo dono per le distinzioni sottili in modo tanto più sicuro, in quanto essa tiene accuratamente separata la conoscenza privata e giuridicamente non vincolante di una verità, da quella del giudice su di un diritto, armata di tutta la potenza del diritto obiettivo!

2. *Differenze tra norma posta dal legislatore e norma posta dal giudice.*

Quanto più decisamente si è messa in risalto l'affinità del giudizio del giudice con la legge, tanto più apertamente bisogna render conto della distanza che li separa. Le differenze appaiono in primo luogo nel grado di certezza e nella diversa ampiezza dell'azione giuridicamente efficace esercitata da entrambi.

Mentre la legge è una previsione rivolta al futuro per innestarsi, il giudice si trova di fronte, per giudicarli, fatti ed azioni ben individuati, già appartenenti al passato quanto a persone, luoghi, tempi e circostanze. Essendo rivolta al futuro, la legge calcola con i generi della possibilità effettive e contiene perciò norme condizionate ed astratte. Di contro, il giudice viene confrontato sempre da fattispecie singole e concrete e deve trovare immediatamente le sue norme. In breve: la normazione legislativa ha un campo molto più ampio di quella del giudice e agisce in modo più generale; tuttavia quest'ultima la supera perché possiede maggior certezza ed un'efficacia tanto incondizionata quanto attuale.

Perciò va registrata una differenza che incide ancor più pesantemente: quella tra la libertà, grazie alla quale il legislatore ha il potere giuridico di scegliere la sua norma, e la dipendenza del giudice dalle norme di legge, che non gli consente di optare per effetti giuridici diversi da quelli già previsti dalla legge.

Qui si va al cuore di tutta la nostra questione. E in modo tale, da porre in gravissimo dubbio l'effettiva, appena richiamata affinità della sentenza giudiziale con la legge e l'effettiva sua capacità di creare il diritto.

L'oggetto della conoscenza che si richiede al giudice, è già predeterminato dalla legge? È sacro dovere del giudice non andare una sola riga al di sopra o al di sotto del dettato normativo? Allora non si comprende affatto come possa esserci spazio per una sua attività di determinazione e creazione del diritto. Il teorema della vocazione a creare il diritto da parte del giudice, appare allora nient'altro che un'idea piuttosto pericolosa, capace soltanto di attentare alle fondamenta dell'ordinamento giuridico e dell'amministrazione della giustizia? E piuttosto, ciò che il giudice in quanto tale deve fare per lo Stato e il diritto, non consiste esclusivamente nello stabilire se la fattispecie sottopostagli sia *ad amussim* la stessa, alla quale la norma ha connesso gli effetti giuridici da lui applicati? Siffatta attività probatoria e di sussunzione logica è indubitabilmente una pura acquisizione di verità giuridicamente rilevanti, lontanissima da qualsiasi posizione o creazione del diritto. Restando su questa via, non giungiamo alla fine a convincerci di nuovo del fatto che il giudizio del giudice sia un giudizio in senso puramente logico?

E quand'anche siffatta convinzione fosse da considerarsi acquisita, non mancherebbe nemmeno una comoda scappatoia per spiegare in modo soddisfacente la forza giuridicamente vincolante attribuita al giudizio del giudice. Se il giudizio è tratto solo dalle disposizioni di legge, anche la forza della cosa giudicata dovrebbe esser vista come scaturente unicamente dalla forza vincolante della legge, quale conseguenza o specie della forza di legge. E anche quanto si dovesse ammettere che talvolta nel giudizio risulti qualcosa di diverso da ciò che si trova nella legge, allora simili illegali travimenti dovrebbero essere legalmente ignorati, in quanto giuridicamente impossibili, e tenuti prudentemente nascosti.

Il giudizio, bisognerebbe dire, vale legalmente sempre come realtà esattamente conforme alla legge, anche quando la contraddica. *Res iudicata pro veritate accipitur*. La forza della sentenza passata in giudicato, proprio secondo Savigny, altro non è che “la fictio della sua verità”. Perché allora la bacchetta magica della finzione, della fantasia non dovrebbe venire anche qui in soccorso al giurista, come in tante altre situazioni difficili?

Con queste critiche e messe a punto, non si è fatto altro che replicare alla concezione del giudizio del giudice, dominante fino a poco tempo fa e tuttora tra le più diffuse. Ma la sua confutazione, la dimostrazione che all’ufficio del giudice spetta una partecipazione autonoma alla funzione del potere statale ordinatrice e creatrice del diritto, tira in ballo addirittura il significato e la dignità dell’ufficio del giudice e in grado ancora maggiore quelli della stessa scienza giuridica!

Secondo quella concezione, il lavoro specifico ed il merito peculiare del giudice sarebbero limitati ai fatti costituenti i casi giuridici da giudicare. Vale a dire, ad accertare in modo accurato, esaustivo ed imparziale se la fattispecie prevista dalla legge quale condizione della sua pronuncia, si sia realizzata nel caso in questione. Relativamente al punto di diritto, alla questione dell’effetto giuridico da collegare a quella fattispecie, al giudice non resterebbe nulla di specifico o, per meglio dire, di indipendente da fare. Quegli effetti si troverebbero senz’altro già ricompresi nella legge. Per trovarli, basterebbe al giudice una buona edizione dei testi di legge, saperli leggere, accuratezza, sano e chiaro intelletto. Egli non dovrebbe far altro che riprodurre la previsione ivi contenuta per il caso concreto in esame; dal tesoro normativo accumulato bello e pronto nel Codice, fabbricare spiccioli di buona moneta e distribuirli con il conio dello Stato.

E tutto ciò, a quali valutazioni condurrebbe nei riguardi della scienza giuridica, la quale, non occupandosi di altri rami del sapere, come la filosofia o la storia, si dedica solo alla conoscenza delle norme giuridiche vigenti? Se queste ultime si trovano già pronte, compiute nella legge e per di più in una formulazione concettuale accurata e precisa come nelle leggi della nostra epoca, sarà difficile dimostrare che la loro conoscenza richiede un lavoro mentale ulteriore, specifico e di tipo più elevato. Non potendosi

comunque fare a meno di una simile scienza, il suo destino risulterebbe sì comodo ed invidiabile ma anche vergognosamente poco serio, in paragone a quello delle altre scienze! Mentre le scienze naturali devono spendere tutte le loro forze in un lavoro estremamente faticoso e spesso inutile, volto a strappare alla natura i suoi segreti, il giurista riceverebbe l'oggetto della sua ricerca della verità, le leggi giuridiche, conservate bene e senza sforzo dallo Stato, pensate con chiarezza ultimativa e formulate secondo i principî fondamentali. Tutte le altre scienze dello spirito bramerebbero invano una rivelazione così immediata ed indubitabile delle verità che devono mettere in luce, come quella che si troverebbe nella legge, secondo la concezione della scienza giuridica qui richiamata!

In tal modo, non si è forse caratterizzata un'opinione condivisa da molti, del tutto estranei alla professione del giurista, espressa in modi ora allusivi ora canzonatori ora beffardi, e che il ceto dei giuristi da sempre ha dovuto sopportare? Ispirato da una simile opinione, persino qualche grande legislatore ha nutrito vivaci malumori contro l'opera dei giurisperiti, i quali volevano dire ancor meglio ciò che nella legge era già stato detto al meglio e da molto tempo. Penso soprattutto al legislatore del mondo, a Giustiniano, che si è sentito in dovere di punire sbrigativamente con pesanti pene corporali, come un *falsarius*, chiunque avesse osato redigere un commento alle sue leggi. Destino questo, al quale i giuristi, per quanto non abbiano mai preso sottogamba la validità delle leggi di Giustiniano, hanno ben saputo sottrarsi senza posa, grazie alla loro ben nota astuzia.

No. La poderosa produzione concettuale orgogliosamente mostrata dalla scienza del diritto attraverso i millenni, permette di affermare che una concezione dell'ufficio del giudice implicante una tale svalutazione di questa scienza, che è pur sempre l'unica a cooperare con il giudice e a fornirgli gli strumenti concettuali, dev'essere completamente falsa!

3. *La vocazione del giudice a creare il diritto nella storia del diritto.*

Quanto poco si renda giustizia all'importanza dell'ufficio del giudice negandogli la vocazione e la competenza a creare il diritto,

risulterà chiaro già da uno sguardo allo sviluppo storico dell'ordinamento giuridico.

Presso tutti i popoli l'ufficio del giudice ha partecipato in maniera sostanziale alla formazione del diritto. Ha contribuito quanto e più della legislazione al suo sviluppo e perfezionamento.

Il potere statale ha adempiuto alla sua missione di creare l'ordinamento, servendosi per lungo tempo addirittura del solo ufficio del giudice. Sono dovuti passare secoli prima che lo Stato giungesse ad un sistema giuridico regolato da leggi scritte. E difatti il popolo, nel suo stadio giovanile non è certo posseduto da una spinta disinteressata alla conoscenza di astratte verità giuridiche. Il diritto è un fatto dell'esperienza. Esso ha dovuto esser sperimentato in tutto il vigore della prassi, che di caso in caso ha spinto a comporre le micidiali contese provocate dall'egoismo e dalle passioni, mediante la sentenza imparziale di un apparato statale dotato di poteri sovrani.

Non ancora limitato da alcuna legge, il potere giudiziario dello Stato si esercitava un tempo con la stessa libertà della quale ha poi goduto la legislazione. Per quanto questo potere, anche qui in modo del tutto simile alla legislazione, fosse guidato dal sentimento del diritto pulsante nel popolo (per la verità spesso ondeggiante tra opposte correnti); per quanto venisse a poco a poco indirizzato su di un percorso stabile dal potere benefico della consuetudine, che dominava tutta la vita sociale; tuttavia, a quell'ordinamento, di pura origine giudiziale, mancava ogni effettiva limitazione giuridica. Ragion per cui non era ben protetto contro il pericolo di una giurisprudenza arbitraria e faziosamente instabile. L'opprimente percezione di questa mancanza, condusse alla fine i popoli alla forte decisione di passare da un ordinamento fondato solo sulle sentenze dei giudici ad uno regolato dalla legge, ma raccogliendovi la maggior parte dell'antica sapienza giurisprudenziale.

I Romani, popolo giuridicamente dotato, compirono questo passo con particolare energia e convinzione, ponendo con le XII Tavole il loro ordinamento su solide base legislative. Ma in tal modo si era posto effettivamente fine alla forza creatrice del giudice? I fatti più importanti e meglio accertati della storia giuridica romana dimostrano il contrario!

Sappiamo come nelle udienze, nelle *disputationes fori* ci si sia

messi subito al lavoro, non solo per aiutare a consolidare la struttura fondamentale delle leggi delle XII Tavole, ma anche per staccarne delle parti ed inserirvene di nuove. E come poi si presentò la necessità di mutamenti giuridici ancora più profondi, anch'essi, per lo meno per ciò che riguardava i motivi interni dell'agire, soprattutto nel campo del diritto privato, furono in gran parte messi in atto non dalla legge ma nell'opera di rinnovamento del diritto affidata alle corti.

L'autorità giudiziaria, la pretura, si prese cura di questo compito per la durata di quasi cinquecento anni. Si affermò un diritto dei tribunali, un diritto creato da magistrati, uno *ius praetorium* o *honorarium*, che non si limitò affatto ad applicare e completare il diritto di origine legislativa ma gli sbarrò ovunque il passo con una normativa che lo contraddiceva e persino lo violava; normativa applicata caso per caso e protetta da eccessive difformità e arbitrii, unicamente grazie al preannuncio pubblico annuale delle innovazioni giuridiche previste per la durata dell'anno stesso.

Inoltre, anche ai giudici popolari istituiti dai magistrati, non si impediva ma anzi si raccomandava, nell'assenza di una normativa specifica, di tener conto in maniera sempre più decisiva, spesso in completa opposizione al rigido e ristretto diritto positivo vigente, dei molteplici nuovi bisogni scaturenti dalla rete di rapporti giuridici che si estendeva ben al di là di Roma e dei Romani, e delle esigenze della buona fede, della correttezza ed equità nei negozi, la cui osservanza fino ad allora era dipesa unicamente da un libero fatto di costume. Nell'assenza di legislazione *ad hoc* e contro un diritto positivo rigido e ristretto, venne in essere un diritto creato dal giudice, che la teoria moderna, ostile alla funzione creatrice del giudice, non riesce a cogliere — anche dopo aver rinunciato alla fede nell'onnipotenza del legislatore — poiché vi applica l'erroneo modello del diritto consuetudinario.

Il diritto romano deve l'essenziale della sua grandezza, che gli ha assicurato un dominio mondiale ben oltre la durata dell'impero romano, a quel diritto elaborato nei tribunali, con un lavoro diligente, libero e tuttavia misurato, animato da nobili principî, guidato da una giurisprudenza geniale.

In seguito a quel lavoro, all'inizio del periodo imperiale erano rimaste solo le macerie del diritto di origine legislativa. Come nei

tempi anteriori alle leggi delle XII Tavole, si cominciarono a trovare intollerabili gli inconvenienti di un ordinamento giuridico di origine giudiziale, non fondato saldamente sulla legge e troppo incerto. Ma lo stesso ambizioso potere imperiale, che riuniva in sé saldamente Stato e diritto, non osò o non poté ancora contrapporsi alla poderosa corrente rappresentata da quella cultura giuridica. In un primo tempo, si limitò ad arginarla, qua e là, con iniziative isolate. Augusto concesse una certa obbligatorietà giuridica ai responsa dei giuristi, che del resto magistrati e giudici avevano imparato ad obbedire del tutto spontaneamente. Sotto gli imperatori immediatamente successivi, si introdussero con *senatusconsulta* singoli miglioramenti all'ordinamento: tuttavia, quanto poco si pensasse a discostarsi dalle vie plurisecolari del diritto giurisprudenziale, risulta chiaramente dal fatto che quei decreti del Senato inizialmente furono di preferenza concepiti come semplicemente regolativi per la prassi dei tribunali. Fu poi Adriano a por fine, con il suo *edictum perpetuum*, al libero sviluppo dell'intero diritto originatosi dalla magistratura. Ma quando gli imperatori cominciarono di loro iniziativa a stabilire nuove norme giuridiche, si limitarono per quasi due secoli a far ciò occasionalmente, per casi determinati, nella loro qualità di capi supremi della giudicatura: ciò dimostra nel modo più convincente quanto fosse radicato il modo di produzione del diritto mediante il processo. Solo a partire da Costantino, essi intrapresero apertamente la via delle norme giuridiche, promulgate espressamente alla maniera delle leggi.

Inoltre, la parte principale del diritto positivo rimase ancora quella che la prassi dei tribunali aveva prodotto e lasciato come in eredità, e non è senza profondo significato che questo diritto di origine giudiziale sia rimasto contrassegnato dal titolo ben più importante di *ius*, di contro alle *leges*, nelle quali si attuavano le anomale innovazioni degli imperatori. Da quell'eredità era però scomparso l'originario, fresco spirito creativo. L'illuminata scienza del diritto che aveva guidato l'intero corso del diritto giurisprudenziale, si stava spegnendo. Si dovette ricorrere ai più pietosi espedienti, per ricondurre in qualche modo all'ordine i giudici, ormai senza bussola nella confusione della multiforme tradizione giurisprudenziale.

Giustiniano rimosse alla fine lo stato di necessità. Grazie a lui,

l'intera massa del diritto di origine giurisprudenziale, fino ad allora ancora fluida ed instabile, fu versata nella forma rigida del diritto legislativo. Nella sua grande opera di codificazione, la cultura giuridica di origine giudiziale del mondo antico, durata quasi un millennio, trovò la sua definitiva conclusione.

Ma di nuovo, per un millennio anche i popoli moderni, in particolare il tedesco, dovettero ripercorrere la via del diritto costruito dai tribunali, prima di usufruire nuovamente del bene rappresentato da un ordinamento solidamente fondato sulla legge: e, cosa veramente singolare, proprio grazie a quell'opera legislativa scaturita dal diritto giurisprudenziale del mondo antico!

I nostri avi furono decisamente e durevolmente avversi alla cultura giuridica che dà la preminenza alla legge, ed ancor più dei Romani. Il pensiero così ovvio per il nostro tempo, del tutto assuefatto alla legge, che il potere statale debba provvedere al bene comune mediante norme giuridiche che vincolino l'universalità, cominciò ad esser concepito in modo approssimativo solo al tempo della recezione del diritto romano. Lo Stato medievale, infatti, credeva di provvedere a sufficienza per il proprio ordinamento giuridico, con il far funzionare il potere giudiziario.

E il capo stesso del tribunale non doveva nemmeno giudicare. Il diritto veniva "trovato" dal collegio giudicante, dal Comune, da giudici popolari, da giurati: veniva loro cavato di bocca caso per caso dal presidente del tribunale e dai suoi sottoposti: era un "diritto a risposta del popolo", libero dall'anatema della norma statale.

Ciò che teneva insieme questo diritto basato sulle sentenze dei giudici, era la forza effettiva, agiuridica della consuetudine; era la fedeltà con la quale le sentenze si attenevano alla sapienza giudiziale tramandatasi nelle generazioni. Le ricerche del nostro secolo si sono di nuovo applicate con devozione e passione a quel diritto e hanno estratto tutta la ricchezza nascosta di quell'antica giurisprudenza tedesca, sensata, sana e acuta. Ma non la governava la sorte che ha arreso al diritto romano! Mai è apparsa con tanta purezza — perché indisturbata dalle leggi — la creazione del diritto da parte del giudice: mai tuttavia, si è rivelata con tanta chiarezza la sua insufficienza, come nel nostro diritto medievale.

Mancando di una disciplina legislativa e persino di una che regolamentasse le udienze, privo della guida di un ceto professionale

di giuristi, privo anche di un solido punto d'appoggio nello Stato, il nostro diritto indigeno si frammentò in una molteplicità di tradizioni risalenti alla giustizia delle assise di villaggio, cittadine e dei ceti; tradizioni le quali, conservate con tenacia e cocciutaggine, a lungo andare non furono tuttavia in grado di soddisfare alle mutazioni intervenute nei rapporti e nei bisogni sociali e di saper compiere il difficile passaggio dal diritto di un'antica società contadina ad un ordinamento che rispondesse allo slancio del commercio e dell'industria moderni. Ma da quando, sin dal XIII secolo, sia l'imperatore che i capi dei tribunali territoriali riuscirono sempre meno a mettere in azione il potere necessario al funzionamento dei tribunali, si iniziò un'epoca di triste confusione e di incertezza nel diritto, durante la quale si rivelò del tutto irrealizzabile la possibilità, comunque abbastanza remota, di trasformare il giure nostrano grazie ad energiche e robuste leggi *ad hoc*. La Germania non riuscì a trarsi da sola dall'impaccio del suo diritto giurisprudenziale!

Allora la salvezza venne di là dalle Alpi, proprio tramite quel codice che in un lontano passato era stato voluto per por fine allo stato di necessità in cui si era venuto a trovare il diritto giurisprudenziale romano! La Germania rinunciò al suo libero e variopinto diritto creato nei tribunali per ricevere la benedizione rappresentata da un diritto basato sulle norme di una legge sicura e valida per tutti. Però a che prezzo! Al posto del proprio diritto, dal sangue caldo, concresciuto in radice alla natura tedesca, dovette accettare un diritto morto, scritto in una lingua straniera, pensato da uno spirito estraneo, il Codice di un popolo da molto tempo scomparso!

Ed in che modo, tramite quale "fonte del diritto", si effettuò questa poderosa trasformazione, che scuoteva la vita nazionale dalle fondamenta? Unicamente grazie alle corti, al potere che ha l'ufficio del giudice di trasformare il diritto!

Non c'è stata nessuna legge tedesca a introdurre le leggi dei Romani. Quando, verso la fine del XV secolo, gli imperatori romani di nazione tedesca si dichiararono occasionalmente consenzienti all'applicazione di quelle leggi, promulgate dai loro "predecessori nel Sacro Impero"; quando l'imperatore Federico III, a quell'epoca, nella sua lettera di conferma dell'Università di Tubinga di nuova istituzione, vi espresse contestualmente il desiderio, che quelle leggi potessero in quello Studio "esser sempre meglio instillate nelle

orecchie dei suoi sudditi”, la loro validità in Germania era già accertata e in gran parte resa esecutiva.

L'introduzione del diritto romano fu attuata, sentenza dopo sentenza, dalla cerchia delle corti di giustizia, con loro propria e libera decisione. Uomini che, nelle università italiane e più tardi in quelle tedesche, si erano istruiti nel diritto romano, abbandonarono completamente, in quanto giudici, la confusa e frammentaria sapienza giurisprudenziale ed al suo posto applicarono volentieri il diritto giustiniano, scientificamente decantato, che rispondeva per molteplici vie ai bisogni del tempo. E gli stessi soggetti bisognosi di tutela preferivano rivolgersi a questi giudici esperti del diritto straniero. I sedili dei tribunali, sui quali un tempo i giurati avevano tenuto le loro sedute sotto il libero cielo, ora erano vuoti. Scherno e derisione si abbattono su quei “giudici all'aperto”, con tutta la loro decaduta saggezza giuridica contadina, dato che non se l'erano certo presa troppo, a liberarsi del diritto tramandato. E in effetti, piuttosto pochi furono quelli che cercarono di impadronirsi degli ausili disponibili, per acquisire una qualche conoscenza del diritto codificato straniero ora di moda, e riuscire a fare quello che facevano i giudici colti; ma anche questi guastamestieri dovettero alla fine sgombrare il campo.

Tutto questo processo rivela nel modo più chiaro possibile l'esistenza di un potere del giudice di porre liberamente norme. Qui si mostra che siffatto potere può giungere sino a rifiutare e rimuovere la propria, ben radicata tradizione giuridica.

Il comportamento di quei giudici che tradivano il diritto indigeno per quello straniero, deve risultare incomprensibile per chi vuole ignorare la vocazione del giudice a creare il diritto; per chi, inoltre, prigioniero delle odierne concezioni sul diritto prodotto dalla legge, tiene ormai per acquisito il fatto che al di sopra delle sentenze debba sempre esserci, già emanata, una norma giuridica astratta, che le guidi e le limiti. È per colpa di simile pregiudizio che la nostra Teoria ha avuto tanta difficoltà a comprendere giuridicamente la recezione del diritto romano. A quali espedienti non ci si è abbandonati, per giustificare le sentenze con le quali il diritto romano è giunto a dominare la vita giuridica tedesca, con una qualche norma giuridica astratta, che le avrebbe legittimate! A tal fine si inventò e si credette per lungo tempo la favola dell'introdu-

zione legislativa del diritto romano. E quando questa credenza divenne insostenibile, si dovette ricorrere, come espediente, all'altra "fonte del diritto" recentemente scoperta, al diritto consuetudinario. Per soddisfare quel pregiudizio, non si è esitato a concepire come un risultato del diritto consuetudinario, un rovesciamento del diritto che contiene la rottura più violenta con la tradizione giuridica nazionale ed il distacco da tutto il diritto vissuto!

La soluzione lineare dell'enigma, rappresentato dal comportamento di quei giudici, viene di per sé dalla forza creatrice del diritto, intrinseca all'ufficio del giudice. Nella Recezione del diritto romano, il potere di perfezionamento del diritto da parte del giudice, senza esser limitato né diretto da alcuna legge e tantomeno da norme astratte, ha celebrato il suo più completo e sublime trionfo. In verità, anche l'ultimo! Nel celebrarlo, infatti, già si sottometteva da sé al giogo del diritto legislativo!

4. *Il diritto posto dal giudice nell'ambito dell'odierno diritto legislativo.*

I nostri avversari potrebbero tuttavia opporci che, da quando i tribunali si sono sottomessi alla signoria della legge, e in modo completo da quando lo Stato moderno ha imparato ad esercitare sempre meglio la sua vocazione alla legislazione, in maniera indipendente ed omnicomprensiva, la posizione dell'ufficio del giudice è, per lo meno al presente, così radicalmente mutata, che ad esso non è rimasto più nulla della sua antica attività creatrice, ridotto com'è al compito ben più modesto della mera sussunzione logica.

Bisogna in effetti ammettere che l'originaria, piena libertà giuridica di creare il diritto da parte del giudice, è venuta meno ed appare del tutto svanita per il prossimo futuro. Quanto più la legislazione cerca di adempiere il proprio compito di costruzione dell'ordinamento giuridico in modo deciso, razionale, avveduto, tanto più il giudice è costretto entro percorsi obbligati, nell'emettere i suoi decreti e tanto meglio l'ordinamento viene protetto dall'arbitrio e dalla mania d'innovazione da parte dei giudici, dall'incertezza e dalla confusione. E proprio in ciò consiste la benedizione apportataci dall'ordinamento giuridico nato dal sacrificio del diritto indi-

geno e fondato sulla legge, benedizione che in tanto diventa più copiosa in quanto la legislazione ci lascia ormai conoscere in anticipo, con indubbia sicurezza, l'unica decisione possibile per un numero infinitamente grande di casi, l'unica che risolve la lite sin dall'inizio, elidendo alla radice, per lo meno nelle cause civili, il bisogno di una norma che sia posta dal giudice.

Ma proprio per questo, la capacità dell'ufficio del giudice di trovare da sé il diritto e di crearlo, viene ad esser limitata solamente, senza essergli tolta. All'interno dei limiti posti dalla legge si apre pur sempre un ulteriore margine per una sua normazione indipendente; margine molto più ampio e più libero di quanto potrebbe credere chi si trovasse all'esterno del meccanismo della vita giudiziaria.

La libertà con la quale il giudice si muove, gli si rivelerebbe all'improvviso, se fosse coinvolto in un processo, nel quale il diritto riconosciutogli in un'istanza gli fosse poi negato da un tribunale superiore, sulla base di motivi del tutto contrapposti e forse facendo ricorso proprio agli stessi articoli sui quali si era fondato il giudizio dell'istanza precedente. Costui proverebbe allora la viva inclinazione ad associarsi a coloro i quali vorrebbero attribuire al diritto, oltre alla spada e alla bilancia, anche un simbolo di cera.

Anche una legislazione veramente perfetta non riesce di per sé a completare da sola l'ordinamento giuridico. Non può nemmeno progettarlo compiutamente in tutti i suoi aspetti particolari. La legge deve lasciare molte cose ed importanti al lavoro indipendente, preciso, specifico, approfondito nel particolare, dell'altra istituzione giuridica: l'ufficio del giudice.

La legislazione ha a che fare con l'incertezza del futuro: la legge è un frammento della provvidenza terrena e deve sperimentare ampiamente su di sé quanto quest'ultima sia limitata, debole, ingannevole!

Giorno dopo giorno la vita reale si fa beffe delle previsioni del legislatore. La sua inesauribile molteplicità mostra ogni volta di nuovo quanto presuntuosa fosse la speranza del legislatore di abbracciare con lo sguardo e cogliere in anticipo tutto ciò che il futuro avrebbe apportato, per costringerlo nelle sue regole rigide e morte. Grazie all'esperienza millenaria dei tribunali e della loro produzione del diritto, il legislatore è per così dire ben armato contro un gran

numero di situazioni giuridiche usuali, tipiche. Tuttavia, l'esperienza più ricca, la prudenza più avveduta, la fantasia più vivace non sono all'altezza del gioco variopinto messo in opera dall'inquieta volontà degli uomini, dall'inventiva dei loro desideri, dalla loro scaltrezza nel fare il proprio interesse e nel violare la legge. Giovandosi della forza del tutto imprevedibile del Caso, essi creano le questioni giuridiche più strane e aggrovigliate, alle quali il legislatore non ha in alcun modo pensato, per le quali non ha quindi voluto alcuna soluzione, che tantomeno ha potuto approntare.

Ai nostri giorni, quante nuove necessità da regolamentare sono emerse a causa dello stupefacente perfezionarsi dei mezzi della vita di relazione. Si pensi ai problemi, i più diversi e particolari, posti al diritto positivo dalle ferrovie, dalle poste, dal telegrafo, dal telefono, tutte cose che nella legge "non c'erano" né potevano esserci! Ci sono voluti degli anni, prima che la legislazione fosse in grado di adeguarsi in qualche modo con nuove norme. Nel frattempo, però, le nuove organizzazioni nate dalla vita di relazione, già da molto tempo si erano ripetutamente rivolte ai tribunali con la pretesa imperiosa di veder decise con sentenza immediata — cioè con la sollecita emanazione di una norma da parte del giudice — situazioni giuridiche spesso estremamente complicate. Solo dopo esser stata istruita e preparata da queste sentenze, la legislazione è stata in grado di emanare norme vincolanti la generalità. Così, ancora oggi, la norma posta dal giudice deve spesso precedere quella del legislatore, prepararle la strada!

Ma l'insufficienza della legislazione a porre in essere l'ordinamento giuridico, non viene alla luce solo di fronte a queste straordinarie e sorprendenti trasformazioni del nostro modo di vivere. Essa risalta anche nelle situazioni giuridiche normali, in ogni processo nel quale le parti si combattano *bona fide* con motivazioni giuridiche esattamente contrapposte — per esser più chiari, quando la valutazione giuridica della fattispecie, istanza dopo istanza, subisca mutazioni anche in giudizio. Ognuna di queste infinite controverse manifesta una sua problematica giuridica, per risolver la quale non si trova pronta e disponibile una corrispondente norma della legislazione, norma che inoltre, come ci dimostra dolorosamente proprio l'esperienza, non si lascia nemmeno ricavare

dall'ordinamento vigente, con la certezza assoluta di una deduzione logica inoppugnabile.

La difficoltà di stabilire la necessaria connessione logica tra la fattispecie ed i suoi effetti giuridici, vale anche per il giudice, oltre che per il legislatore. Quest'ultimo, infatti, non può escogitare e far trovare belle e pronte al giudice deduzioni giuridiche ultimative, per il semplice motivo che nella singola lite elementi disparati della fattispecie si uniscono e si ingarbugliano, si contrappongono e si incrociano; elementi, che in questa loro particolare combinazione, il legislatore, giustamente preoccupato di isolare i tipi delle fattispecie, non ha potuto prevedere e quindi ricomprendere in una norma *ad hoc*.

I medesimi soggetti che avessero concorso alla promulgazione della legge che stabilisce la regola da applicare, se chiamati a giudicare su di un caso concreto, non sarebbero capaci di trovare con certezza assoluta la sentenza appropriata: spesso giungerebbero individualmente a conclusioni differenti, persino quando avessero deliberato la legge all'unanimità.

Sarebbe una speranza del tutto mal riposta, quella del legislatore, di riuscire a prevenire la ricerca del diritto da parte del giudice, in tutta la sua autonomia e complessità, con l'addentrarsi egli stesso il più possibile nel caso singolo e particolare. I codici infarciti di casistica in più volumi, si sono dimostrati da lungo tempo i peggiori: i più ingarbugliati, i più fuorvianti, i più insufficienti. Per raggiungere uno scopo del genere, al legislatore non resterebbe che proporsi come giudice: soddisfare le richieste dei tribunali con il dar loro proprio la sentenza da applicare caso per caso, esercitando così egli stesso l'attività del giudice sotto la maschera del legislatore. Questo fu il mezzo estremo a suo tempo solennemente notificato da Giustiniano, che vi si era indotto a causa della sua gelosa sopravvalutazione del potere legislativo, senza rendersi conto che in quel modo egli non faceva altro che ammettere l'incapacità della legislazione a costituire e regolare l'ordinamento giuridico.

Dopo molte tristi esperienze, anche la legislazione più recente ha perso del tutto, alla fine, la fiducia nella sua onniscienza ed onnipotenza. Essa rinuncia spesso e volentieri all'inutile sforzo di dominare completamente la ricchezza e la molteplicità della vita giuridica reale. Un modo di legiferare ormai ben collaudato e

sempre più frequente, consiste nell'autorizzare espressamente i tribunali a scegliere liberamente tra molteplici disposizioni normative, per applicarle a molteplici e rilevanti situazioni giuridiche. Ci si affida in tal modo al discernimento e al retto senso del diritto dei giudici, in modo che possano elaborare, scegliere, dichiarare vincolanti gli effetti giuridici che meglio corrispondano alle circostanze del caso. Nelle numerose norme *dispositive* che così si originano, la vocazione del giudice a creare il diritto è riconosciuta nel modo più aperto ed anzi chiamata ad alta voce in aiuto, proprio dal legislatore.

Tuttavia esistono innegabilmente numerose norme di carattere assoluto e cogente, che non lasciano spazio alcuno alla discrezione del giudice. E per quanto tale spazio possa venir aperto mediante norme di legge di carattere dispositivo, rimane tuttavia circoscritto da insuperabili limiti legislativi. Inoltre, molte controversie giuridiche non presentano una fattispecie afflitta da circostanze particolarmente intricate ma rientrano in modo lineare, compiuto, nelle disposizioni dei singoli commi della normativa statuaria. Almeno qui, nell'ambito di siffatte norme e situazioni giuridiche, non viene del tutto eliminata l'autentica ed indipendente ricerca del diritto da parte del giudice?

Anche ciò va negato! L'esperienza insegna che anche nelle situazioni giuridiche di cui sopra, si manifesta ampiamente il potere individuale del giudice di determinare ciò che è diritto. L'opportunità gli è offerta innanzitutto dall'imperfezione, dalla mancanza di certezza, dalla contraddittorietà che non raramente ineriscono al *disegno normativo stesso*, alla volontà che vi si attua.

Le nostre leggi non sono affatto unitarie dichiarazioni di volontà di singole persone! Sono *dichiarazioni collettive*, alla cui produzione concorrono molti uomini e di molte specie. Se volessimo condurre un'inchiesta presso ciascuno di loro, per sapere che cosa "si è" effettivamente inteso e voluto, da parte di questo legislatore dalle molte teste; ebbene, qualcuna fra di esse che appartenesse ad un *galantuomo*, dovrebbe ben sentire il dovere di dirci che dentro di sé non ha giammai pensato alla legge da votare; di dirci, forse, che non gli è riuscito affatto di comprendere il progetto di legge, imbalsamato nella terminologia giuridica specialistica, cosa che sarebbe accaduta anche se egli l'avesse effettiva-

mente letto da cima a fondo. Dalle rimanenti teste, dovremmo esser preparati ad aspettarci le risposte più disparate. Quanto spesso nelle sedute parlamentari emergono interpretazioni contrapposte della legge votata di comune accordo!

Tutto ciò significa che l'unità della dichiarazione di volontà che pone la legge, si riduce ad un fatto puramente verbale. Sotto l'ingannevole velo delle parole della legge, identiche per tutti, si nasconde una molteplicità di intenzioni e significati giuridicamente rilevanti! Quale sia quello giusto, non è la legge a dircelo. È al giudice che è lasciato il compito di mettere in luce un'intima unità in quella molteplicità, vale a dire, di scegliere la disposizione normativa che a lui sembri mediamente la più giusta. E per quanto ricorra con pignoleria e metodo, anche agli usuali espedienti ermeneutici, non per questo troverà una disposizione di legge che lo riguardi, che ponga cioè dei limiti giuridici alla sua scelta. Qualsiasi risultato al quale egli sarà giunto, sarà stato autorizzato in anticipo dallo Stato come quello giusto, rivestito della forza della cosa giudicata.

Si può ipotizzare che quel risultato non sarebbe venuto in mente a nessuno di coloro che hanno partecipato all'emanazione della legge! Quale sottile e profonda sapienza giuridica si trova nell'assicurazione che i concetti giuridici devono riprodurre nei nostri manuali e corsi di Pandette, proprio ciò che è già contenuto nelle leggi di Giustiniano. I giudici, che giudichino sulla base di una simile concezione, sono e devono esser convinti di decidere secondo il diritto di Giustiniano. E tuttavia, chi lo crede che Giustiniano ed i suoi aiutanti già avessero nella testa tutta questa eletta sapienza giuridica o anche solo un presentimento della maggior parte dei suoi concetti? La "novità" di un brocardo giuridico, ardentemene voluta e decantata, come si accorderebbe con la sua correttezza ordinamentale, se fosse diritto solo ciò che il legislatore ha pensato molto tempo fa?

Certamente, la legge è spesso più assennata del suo artefice, il codice più saggio del legislatore! In altre, più semplici e ben più appropriate parole: si pretende spesso dai giudici e si attribuisce loro una visione del diritto più ampia e migliore di quella degli artefici della legislazione!

Infatti, è molto più frequente di quanto si creda, il caso che il

legislatore dimostri apertamente ai giudici la sua fiducia, con l'astenersi dall'interpretare e chiarire egli stesso il dettato legislativo, per rimettere volentieri al giudice la determinazione del suo significato autentico, da render poi noto agli interessati, incapaci di mettersi d'accordo sul significato della norma, come ciò che è stato riconosciuto giusto e costituisce la definitiva manifestazione di volontà dello Stato.

Ciò accade ogni volta che il legislatore accolga nel codice una normativa consolidata nella sua formulazione tradizionale, senza fornirne l'autentica: l'accoglie solo perché essa si è conservata sino a quel momento e vi è quindi la fondata speranza che si conservi anche in futuro. E non è forse questo il modo nel quale ogni codice perviene ad accogliere interi istituti, grossi gruppi di norme, che non sono né insignificanti né tra i meno riusciti? Gli autori dei testi giustiniani, con l'elevare a legge l'alta sapienza giuridica delle epoche anteriori, ne hanno forse recepita l'intima visione del diritto, teorica e pratica? Avrebbero potuto tentarlo, anche solo approssimativamente, con un lavoro appena triennale, "in tanta legum compositione quae ab immenso librorum numero collecta est"? E non è proprio ai nostri tempi che si deve leggere abbastanza spesso, nei motivi che corredano i progetti di legge, che il significato autentico di questa o quella norma tradizionale, resta per il momento in sospeso, lasciandosene la determinazione possibilmente agli sforzi della "scienza", nella circostanza invocata ben volentieri in aiuto?

Con questo suo frequente modo di procedere, il potere legislativo, invece di produrre una nuova norma, ordina ai soggetti incaricati di applicare il diritto di desumerla dalla vita anteriore del diritto e prevalentemente da un'epoca nella quale la formazione del diritto non era per nulla incatenata alle parole della legge, ma lasciata ancora alla libera creazione della giurisprudenza dei tribunali. In tal modo il legislatore, dopo aver verosimilmente posto fine alla creazione del diritto da parte del giudice, sembra ricorrervi esso stesso, ancora e sempre. Affinché possa accertare che cosa sia diritto, la legge rimanda di nuovo il giudice al giudice.

Il potere autonomo di determinare il diritto da parte del giudice riesce alla fine ad erompere vittoriosamente perfino contraddicendo significati normativi consolidati, perfino opponendosi

al volere e al desiderio del legislatore. Ciò è la conseguenza delle molte difficoltà che si possono opporre alla retta comprensione della parola della legge.

Al pericolo intrinseco ad ogni pensiero che si tenti di comunicare esternamente — al pericolo che esso venga espresso in modo incompleto e poco chiaro — non si sottrae nemmeno il pensiero del legislatore, per quanto accuratamente ed esattamente trasposto nelle parole della legge! Vi è tanto più esposto, in quanto la muta parola della legge, più che all'individuo del proprio tempo si dirige uniformemente a milioni di uomini, spesso in una lunga successione di generazioni.

Il fatto abbastanza frequente che sentenze di giudici contraddicano il senso e la volontà della legge, va dunque sopportato di buon animo: destino inevitabile, tributo che legislatori e giudici pagano alla debole capacità umana di comunicare e conoscere. Ma né quest'ultima riflessione né un qualche gioco di prestigio giuridico possono farci deviare dalla verità che ci sta apertamente innanzi agli occhi: tutte le molteplici deviazioni delle sentenze giudiziarie dalle norme poste dal legislatore sono tuttavia confermate giuridicamente dal potere statale. Lo stato è costretto a farsele andare a genio e persino a munirle del sigillo della cosa giudicata. Anche il giudizio contrario alla norma posta, è quindi giuridicamente vincolante. Come ogni giudizio del giudice, esso è una norma, che emana dallo Stato, da esso approvata, corredata del suo potere coercitivo.

Con ciò, non si è detto altro che questo: che lo Stato autorizza il giudice a porre in essere anche una normativa che non è contenuta nel diritto posto dal legislatore ma viene trovata unicamente dal giudice, anzi da lui escogitata, in un certo senso inventata, normativa che la legge né ha scelto né ha voluto!

5. *Considerazioni finali.*

Questa è dunque la situazione per ciò che riguarda la supposta completezza, certezza, stabilità, accuratezza del diritto posto dal legislatore. Il potere della legislazione di creare l'ordinamento soffre dappertutto di insuperabili limiti. Per poter adempiere il proprio

còmposito, dipende costantemente dalla cooperazione dell'ufficio del giudice. La legge e l'ufficio del giudice si spartiscono la vocazione del potere statale a produrre e determinare il diritto.

Che la nostra scienza giuridica non abbia voluto finora ammettere questa verità, ciò si spiega solo con l'esistenza di un pregiudizio profondamente radicato, tranquillamente accolto e mantenuto sin dai tempi del più esasperato culto della legge.

È ben dall'inizio del nostro secolo che, sotto la guida di Savigny, si è intrapresa con entusiasmo ed esiti vittoriosi, la lotta contro la fede nell'onnipotenza della legislazione. Offrendo la prova inconfutabile che la legislazione non è l'unico mezzo di produzione del diritto, né quello in assoluto predominante, la "scuola storica" inaugurò i suoi grandi successi. Tuttavia, malgrado tutta l'ostilità nei confronti delle teorie tradizionali sul primato del legislativo, si rimase prigionieri di una visuale erronea, originatasi purtroppo dalla stessa "scuola storica" e della quale siamo ancor oggi succubi. Infatti, si dà ancora per certo, assumendolo anzi come cosa ovvia, che la formazione del diritto al di fuori della legislazione debba procedere anch'essa unicamente mediante la creazione di norme astratte, generali.

Ma una normativa in fac-simile alla legge, il giudice per la verità non può emanarla: il suo potere di porre norme e costruire l'ordinamento, non si estende al singolo rapporto giuridico sottoposto al suo giudizio. Ma è stata solo la congettura — smentita dalle testimonianze più evidenti della storia del diritto — secondo la quale un ordinamento giuridico può venire in essere unicamente mediante imperativi giuridici astratti e obbliganti la generalità; congettura provocata esclusivamente da un desiderio di analogia con il diritto di origine legislativa, rafforzata dalla falsa equiparazione del giudizio del giudice con il giudizio della logica ed inoltre dalla finzione della "verità del giudizio"; è stata questa la congettura che ha permesso di affermare non potersi identificare le norme concrete poste dal giudice con atti del potere statale capaci di produrre l'ordinamento! Invece esiste sicuramente un ordinamento giuridico che lo Stato si preoccupa di far venir in essere e di mantenere, esclusivamente grazie alle norme individuali e concrete poste dal giudice. Si tratta di un ordinamento incompleto e afflitto da molteplici incertezze ed oscillazioni: nonostante tutte le lacune, esso tuttavia è e resta un

ordinamento giuridico. Ma ben prima che la normazione concreta del giudice finisse sotto la guida e la regolamentazione di norme generali ed astratte, la ben radicata, felice inclinazione dell'uomo all'adattamento sociale, la forza della consuetudine, si era ingegnata a che il diritto giurisprudenziale dei giudici ricevesse un elevato grado di stabilità. Questa stabilità venne ampiamente incrementata dal fatto che i giudici, non ancora sottoposti all'autorità protettiva della legge, si dovettero ad un certo punto sentire vivamente sollecitati a fornire un solido appoggio al diritto che essi dovevano creare liberamente in prima persona, a fornirglielo grazie all'accurata considerazione dei costumi e all'accurato esercizio della loro funzione. E ciò fecero, magari con la sola speranza di procurarsi in tal modo l'approvazione dei consociati alle loro sentenze.

La nostra teoria del diritto, fedele al pregiudizio summenzionato, ha preso spunto da questa caratteristica secondaria del diritto di origine non legislativa, caratteristica puramente fattuale, come ci mostra con particolare chiarezza la Recezione del diritto romano, per esercitarsi a trovare anche nel diritto posto dal giudice l'apparenza di una normazione astratta. La qualità secondaria rappresentata da una stabilità approssimativa, viene considerata qualità primaria, ed in conseguenza di ciò se ne misconosce la vera essenza, in quanto relativa a un diritto posto dal giudice. Ecco perché la produzione giudiziale del diritto è rimasta nascosta e celata così a lungo sotto il falso velo del diritto consuetudinario, velo fabbricato sul modello del diritto posto dal legislatore.

Ciò spiega, inoltre, perché la nostra teoria del diritto abbia potuto rimanere così poco sensibile nei confronti di quel diritto extralegislativo che si sviluppa stabilmente, con slancio vitale ed inesauribile, anche nel bel mezzo di ogni diritto posto dal legislatore. L'odierno diritto del giudice non voleva rientrare in alcun modo nello schema di una norma come che sia astratta e nemmeno rifugiarsi sotto la veste sufficientemente ipertrofica del "diritto consuetudinario". È vero che alcuni giuristi si sono affannati a confezionare un "diritto dei giuristi" o "diritto della scienza", dal materiale del diritto consuetudinario. Ma anche questi tentativi, poiché miravano unicamente a far emergere da parte del giudice norme generali ed astratte, dovettero naufragare e giustamente hanno sofferto la ripulsa più decisa. Perciò alla teoria non rimase

altro che ignorare l'esistenza del diritto di origine giudiziale. Un esempio notevole della più rara, per quanto involontaria auto-negazione! Infatti, una scienza giuridica che non voglia saper nulla del diritto posto dal giudice, disconosce essa stessa il proprio diritto di esistere!

Chi è in grado di liberarsi del pregiudizio ricordato, deve comprendere che il suo compito è quello di indirizzare la sua concezione dei fondamenti stessi dell'ordinamento, in una direzione alquanto diversa, da quella cui inclina la teoria della necessità di una produzione del diritto sempre astratta.

Nemmeno la legge è in grado di produrre immediatamente il diritto. La legge è solo una preparazione, un tentativo di far venire in essere un ordinamento giuridico. La legge impartisce solo una direttiva, su come debba esser istituito l'ordinamento giuridico. Questa direttiva si dirige *in primis* agli interessati, alle persone dei cui rapporti giuridici si tratta. Quanto più il dettato della norma è assennato, certo e chiaro, ma soprattutto quanto più cospicuo e sano si rivela il senso del diritto che pervade il popolo, tanto più frequentemente gli interessati sono capaci di trovare da se stessi la norma che li riguarda e di osservarla, vivendo nella migliore concordia giuridica reciproca, senza bisogno di intervento da parte dello Stato. Se ciò non si verifica, allora il giudice deve esser messo in movimento, per emanare la norma richiesta dal caso concreto, in nome dello Stato. Nell'occasione, il giudice deve mantenersi nei limiti giuridici prestabiliti dalla legge, così come la legislazione è circoscritta nei limiti della costituzione dello Stato. Ma in nessuno dei due casi, la norma è data immediatamente dalla legge: nel primo viene trovata dagli interessati, nel secondo dal giudice. La legge mostra ad entrambi solo la via per trovare correttamente il diritto!

Solamente dopo aver rimosso il pregiudizio, solamente mediante la chiara consapevolezza di come e perché spetti ai tribunali una parte essenziale nella creazione del diritto da parte del potere statale, verrà finalmente alla luce l'intero significato, l'alto compito dell'ufficio del giudice e perciò anche della scienza giuridica, la quale è nient'altro che l'anima dell'intera amministrazione della giustizia!

Né la visione complessiva né la forza della legislazione, sono all'altezza della reale vita del diritto. L'astratto, muto comando della

legge non riesce a signoreggiare completamente il dinamismo impetuoso e molteplice della vita di relazione. Può riuscirci, solo alleandosi alla forza vitale di una volontà che interviene immediatamente nella vita. La legislazione non riesce ancora a pensare fino in fondo il proprio oggetto, cosa che possono fare solo i destinatari della norma quando non divergano tra di loro oppure i giudici. La volontà del potere statale intesa a costruire l'ordinamento, non giunge a compimento nella legge: vi giunge solo nelle sentenze dei giudici. È per questo, che l'attuazione del diritto spesso può fare a meno della muta parola della legge ma non può fare a meno della viva vox del giudice. È per questo, che il potere statale è stato in grado per così lungo tempo di esercitare la sua vocazione all'ordinamento senza la legislazione. Senza un ufficio del giudice non avrebbe potuto, né potrebbe mai! È per questo, che, anche con il prevalere della legislazione, il potere dell'ufficio del giudice di creare il diritto non ha potuto esser soppresso, ma solo posto sotto la guida della legge.

Mentre in tempi anteriori il giudice doveva creare le sue norme dal senso del diritto del popolo, fonte liberamente zampillante ma spesso anche pigramente paludosa, ora la fonte delle sue norme è provvidamente e saldamente circoscritta dallo Stato, da esso più chiaramente stabilita, più sicuramente custodita. Ora egli può ricavare il diritto solo dalle fonti contemplate e custodite dalla legge.

Ma la legge stessa non ne è la fonte! Non è il legislatore in quanto tale a produrre la sostanza del diritto. Egli dà solo la direttiva, su dove trovarla e su come farla venire in essere. Il diritto non se ne sta alla superficie, ove ciascuno possa comodamente coglierlo: è nascosto nel tutto della vita del popolo e dello Stato, profondamente calato nel passato del popolo, dei popoli!

Occorrono un serio lavoro e un sapere maturo per trarre il diritto da quel tutto; uno spirito acuto ed educato per formarlo secondo la misura della legge; un fine e delicato senso giuridico per cogliere la giusta norma individuale senza discostarsi dai limiti posti dalla legge; una volontà orientata in modo fermo ed immutabile verso ciò che è giusto: tutto ciò occorre per attendere a questa alta e responsabile vocazione in modo giusto e imparziale.

La maturità e la capacità necessarie per la produzione del diritto

si conseguono con la pedagogia della scienza giuridica. I giusti principî morali sono il risultato di un'educazione etica del carattere. Felice la nazione i cui giudici siano stati capaci di possedere interamente e la scienza e i principî! Un popolo, che non possa contare sulla maturità giuridica e sul senso della giustizia dei suoi giudici, è rovinato e perduto, anche se possiede le migliori leggi.

Non la legge, legge e ufficio del giudice danno infatti al popolo il suo diritto!

POSTFAZIONE DEL TRADUTTORE

I. Lo scopo di una postfazione del traduttore non può essere quello di una ricostruzione dell'influenza esercitata da questo famoso saggio o dei suoi ascendenti, del resto sinteticamente indicati dallo stesso autore. Considerato da sempre il "precursore" o il "decano" della *Freirechtsbewegung*, le sue tesi hanno finito per confondersi con quelle del "movimento", inteso nella versione meno estrema ⁽¹⁾. Sull'impatto che esso ha avuto a suo tempo sulla scienza giuridica italiana di fine Ottocento, mi sembra indispensabile rammentare la finissima ricostruzione di Paolo Grossi: "Nella produzione con cui si chiude il decennio Ottanta-Novanta, quella del civilista Vincenzo Simoncelli, dietro le forti suggestioni di una innovativa riflessione tedesca, la legge appare come un vaso vuoto che i fatti futuri si daranno cura di variamente riempire, e l'attenzione del civilista, più che al momento di produzione e alla mente che ha sorretto quella produzione, è rivolta alla vita della norma nel tempo e nello spazio, al momento applicativo, alla dimensione interpretativa" ⁽²⁾. La riflessione tedesca "innovativa", è quella del "filone particolarmente attivo negli anni Ottanta", con il quale "si avvia un ripensamento profondo sul ruolo del giudice, sulla natura della legge e dell'interpretazione", filone "che sfocerà due decenni

⁽¹⁾ K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, tr. it. Milano, Giuffrè, 1970, pp. 82-83; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 229, 241, 257, 259, 261, 273, 274, 299 (cenni necessariamente scarni, con tendenza all'elogio incondizionato, a p. 259); G. FASSÓ, *Storia della filosofia del diritto*, III: *Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1970, p. 240, puramente descrittivo.

⁽²⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 19.

dopo nella manifestazione clamorosa della *Freirechtsschule*. In questo filone si stagliano due saggi che circolano incisivamente tra i giuristi italiani”, quello di Bülow e “soprattutto, J. Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*”, del 1886 (3).

Essi costituiscono “il primo corposo tentativo di scrollarsi di dosso la dogmatica ottantanovarda e di concepire la legge come una realtà elastica e aperta, disponibile ad una progressiva evoluzione... L'estremo incunabolo di questa corrente si identifica nel remoto e appartato saggio di Adickes, del 1872, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*”(4). Inquadrato in una prospettiva più vasta, il movimento per il diritto libero è stato anche significativamente interpretato in chiave di “modernismo giuridico” da Widar Cesarini Sforza, in un breve articolo del 1912. Quel filosofo del diritto “vi riscontrava una identità di fondo tra il giusliberismo che aveva intensamente turbato, nel primo decennio del secolo, l'animo dei giuristi italiani e quell'atteggiamento della riflessione religiosa cristiana comunemente chiamato modernismo, che aveva turbato interamente l'animo dei credenti e che aveva trovato nel 1907, con l'enciclica *Pascendi*, la ferma condanna della gerarchia cattolica” (5).

Lo scritto di Bülow non sembra a prima vista ricollegabile al modernismo religioso. Egli riannoda la libertà del giudice a motivi ancora savigniani, arricchiti dell'organicismo dei germanisti, di Gierke: il diritto, nato dal popolo, consolidatosi organicamente nella consuetudine e nei costumi, troverebbe nel giudice un interprete e

(3) *Op. cit.*, ivi, nota n. 21.

(4) *Op. cit.*, pp. 103-104.

(5) P. GROSSI, *op. cit.*, p. 103. Grossi ricorda come già Raymond Saleilles, “cattolico modernista”, avesse prima di Cesarini Sforza sottolineato la consonanza tra le nuove esigenze nel diritto e quelle nella religione cattolica (*op. cit.*, ivi). Cesarini Sforza, pur riconoscendolo necessario come “momento dello spirito”, critica il “modernismo giuridico”, sulla falsariga (ci sembra) della rigorosa critica di Giovanni Gentile al modernismo religioso: “Esso si pone contro il formalismo del diritto, vuole sostituire all'interpretazione la creazione, proclamando a gran voce la libertà dello spirito giuridico, cui soffocano i codici e la giurisprudenza tradizionali, ma in realtà non in altro consiste che in una *crisi* dello spirito pratico... in una crisi simile a quella, d'ordine teoretico, degli spiriti che vorrebbero restare nella religione respingendo la religione...” (W. CESARINI SFORZA, *Il modernismo giuridico*, 1912, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, Giuffrè, 1967, I, pp. 9-17, p. 13).

mediatore più valido della legge scritta ⁽⁶⁾. Tuttavia, un nesso c'è, dal momento che il modernismo religioso ha rappresentato un tentativo di *allineamento* della fede cattolica alle proposizioni del *razionalismo protestante*, con tutte le sue venature deistiche e antropocentriche (tentativo respinto per l'appunto con la *Pascendi* di S. Pio X ma andato poi a buon fine, per disgrazia della Chiesa, con Giovanni XXIII e il pastorale concilio ecumenico Vaticano II); e quindi, da un lato, ha rappresentato l'apertura verso il *sentimento* religioso *individuale* e la libertà di coscienza, con la messa tra parentesi del principio d'autorità e del valore assoluto della verità rivelata, del dogma, che si vuol invece far dipendere dal momento storico; dall'altro, l'apertura verso i valori essenziali del mondo moderno o meglio verso i suoi *miti* ispiratori: da quello della democrazia quale unica forma possibile di governo a quello del progresso, della scienza, dell'unità del genere umano e così via. Per un autore formatosi in ambiente luterano, la *rivendicazione* della libertà del giudice, del riconoscimento di *fonte del diritto autonoma* ad un giudizio individuale che si fonda in ultima analisi solo sulla coscienza del soggetto che lo emette, non può non richiamare il principio della libertà *assoluta* della coscienza nell'intendere e interpretare la verità rivelata, la tradizione e l'insegnamento della Chiesa e alla fin fine *ogni verità*; della libertà assoluta della coscienza individuale di fronte ad *ogni norma, religiosa o giuridica* che sia (libertà condannata formalmente come eretica da Leone X alla proposizione n. 29 della bolla *Exurge Domine* del 15 giugno 1520, che fulminava gli errori di Lutero, e rimessa invece surrettiziamente in onore dal Vaticano II nella formula della coscienza individuale che dialoga da se stessa con tutti "ad veritatem inquirendam et tot problemata moralia (...) in veritate solvenda" ⁽⁷⁾).

(6) L'esaltazione che Bülow fa del diritto medievale tedesco, del suo fondamento popolare e consuetudinario, cetuale e corporativo, ci ricorda l'atmosfera di certe pagine di Gierke, per esempio là ove quest'ultimo rivendica al "diritto germanico" il contenuto effettivo di proposizioni che si volevano attribuire al diritto naturale: vedi p.e. il discorso per l'insediamento al rettorato dell'Università di Breslau, O.V. GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht*, 1883, rist. anast. Scientia, Aalen, 1973, pp. 3-32, p. 25 ss.: già Tacito avrebbe mostrato che il diritto dei Germani era più vicino al diritto naturale del diritto del corrotto mondo romano!

(7) Costituzione conciliare *Gaudium et Spes*, del 1965, art. 16, sottolineatu-

Se l'idea di una libera ricerca del diritto nasconde, almeno in origine, un sostrato teologico, gli sviluppi ultimi e dissolventi di quell'idea sono stati allora favoriti anche dalla rinuncia esplicita ad esercitare il principio d'autorità da parte della gerarchia cattolica (con la proclamata rinuncia di Giovanni XXIII a condannare gli errori del Secolo, mantenuta dai suoi successori), rinuncia che ha svirilizzato il Magistero apostolico in favore del "dialogo" e della "libera ricerca" individuale del vero e del buono e ha sicuramente e pesantemente contribuito alla crisi del principio d'autorità che travaglia oggi l'Occidente.

II. Si comprende, quindi, come l'interesse che ci ha spinti a "rivisitare" Bülow non sia meramente antiquario. Vogliamo, infatti, renderci conto se già agli inizi alitassero inconsapevolmente i germi di certi sviluppi *negativi*, che oggi sembrano aver preso il sopravvento. Da un punto di vista puramente culturale, è sempre un piacere dello spirito rileggere un'opera che ancor oggi, nonostante il tempo trascorso, colpisce per la freschezza, la vivacità, la capacità di penetrazione. Malgrado qualche inevitabile enfasi, il suo argomentare è sempre serrato e preciso, enuclea al meglio il proprio oggetto e quasi lo impone, con nitida e rigorosa determinazione. Essa ha dato un contributo notevole alla battaglia contro l'idea errata, oggi abbandonata da tutti, che diritto sia *solo* ciò che emana dallo Stato e che si trovi in una legge o in un codice. Circa l'infondatezza di questo vero e proprio mito, basti ricordare le passate, inutili diatribe sulla mancanza di giuridicità dell'ordinamento della Chiesa, appunto perché di origine e natura non statutale; come se la Chiesa, in quanto società del tutto indipendente dallo Stato, non potesse porre norme giuridiche.

L'altro contributo essenziale di Bülow ha riguardato il superamento della concezione che faceva del giudice un mero esecutore *impersonale* della legge, capace di fornirgli sempre e comunque la norma da applicare al caso concreto, anche nel caso di oscurità o di lacuna ⁽⁸⁾. Qui Bülow ha messo in rilievo elementi fondamentali

re nostre; nonché dichiarazione conciliare *Dignitatis Humanae*, dello stesso anno artt. 2 e 3.

⁽⁸⁾ Il punto di vista della Scuola dell'Esegesi sembra già anticipato dal celebre

dell'attività del giudice, sui quali tutti sembrano essere oggi d'accordo, in generale: l'esistenza di un vero ordinamento giuridico, non di origine consuetudinaria, ma creato dalle sentenze del giudice, ordinamento che *completa* quello creato dal legislatore; il fatto che la sentenza a sua volta si caratterizzi non tanto per il sillogismo che la fa venire in essere come applicazione di una norma generale ed astratta, quanto per la sua qualità di *norma individuale e concreta* che dirime la questione, e quindi per la sua *Rechtskraft*, per il suo tradursi nella cosa giudicata, che nemmeno la legge può mutare, per il suo esprimere in tal modo tutta la forza vincolante ed irresistibile dell'ordinamento; il fatto che anche quando il giudice sembra limitarsi ad applicare sillogisticamente la norma, c'è sempre margine per una sua "normazione indipendente", cioè per una sua definizione (anche parzialmente) autonoma del caso concreto; che tale normazione si impone nel caso non previsto dall'ordinamento, di fronte a nuove necessità della vita del traffico, ed anzi serve poi ad illuminare il legislatore, che non di rado lascia al giudice l'iniziativa di costruire con i suoi decreti gli ulteriori elementi della fattispecie.

Bülow batte ovviamente in breccia il mito dell'onniscienza e dell'onnipotenza del legislatore, negandone anche l'unità di ispirazione e ricordando come le sue molte teste si fossero spesso rivelate impari al compito ⁽⁹⁾. Ma ciò che ha più impressionato, ci sembra sia stata la sua *svalutazione della legge in quanto tale*: la norma posta dal legislatore è una semplice "preparazione", un "piano", un "tentativo", una "direttiva", qualcosa di incompiuto, di abbozzato, che dimostra di esser o r d i n a m e n t o solo grazie all'opera dei destinatari e dei giudici ⁽¹⁰⁾. E questo ridimensionamento della legge egli lo vuol esprimere anche con l'immagine, più volte ripetuta, della

passo di Montesquieu, nel cap. VI dell'XI libro dell'*Esprit des loix*: "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur" (Ed. Brethe de la Gressaye, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t. II, p. 72).

⁽⁹⁾ Si tratta di argomenti in parte già anticipati da Savigny, nel capitolo terzo del *Beruf*.

⁽¹⁰⁾ È proprio questo il concetto di Bülow elogiato da Lombardi (v. *supra* nota n. 1), autore aperto alle suggestioni del giusliberismo: "Già il concetto di norma individuale ci prospetta una normatività che non procede, non preordina interamente l'azione, ma l'affianca e la sostiene nello stesso suo farsi" (LOMBARDI, *op. cit.*, p. 382).

norma di legge che sarebbe come tale “muta”. Su questa *deminutio* del significato della legge, che costituisce un punto essenziale dell’argomentazione di Bülow e che nel nostro tempo è stata condotta agli estremi, vorremmo brevemente soffermarci.

Bülow sostiene che la legge è “muta” perché non dà *mai immediatamente* la norma di condotta, che deve essere *trovata* dagli interessati (dai destinatari) o dal giudice. La legge si limiterebbe a “mostrare la via” per *trovare* la norma nel modo giusto! Ma la legge non è affatto “muta”. La legge parla, eccome. Una parte di ciò che essa dice sarà di non facile interpretazione; ma un’altra parte — la maggiore — sarà invece sufficientemente chiara, anche per il *quisque de populo* opportunamente aiutato. La nozione che ne dà Bülow è troppo riduttiva, essa fa del dettato della legge qualcosa di *indeterminato, una vaga direttiva*, qualcosa che finisce con il non corrispondere alla realtà effettiva della legge.

Se noi prendiamo ad esempio il titolo VI del c.c., sul matrimonio, ante 1975, e leggiamo da semplici cittadini le norme concernenti le condizioni necessarie per contrarre matrimonio (Sezione I, artt. 84-90), non avremo certamente difficoltà a capire che non possiamo sposarci se non abbiamo almeno sedici anni se maschi o quattordici se femmine (art. 84), che esiste la possibilità di dispense “per gravi motivi” (ivi, 2° comma); che “l’infermo di mente” interdetto non può contrarre matrimonio (art. 85); che non lo può chi è già sposato (art. 86), etc. Termini quali “fratelli e sorelle germani” o “affini in linea collaterale in secondo grado”, tanto per fare un esempio, potranno crearci delle difficoltà, che però non dipenderanno da un’oscurità della legge ma dalla nostra ignoranza della terminologia *ad hoc*, che la consultazione di un esperto dissiperà, esperto il quale ci potrà spiegare l’esatta portata del termine “infermo di mente”, giovandosi anche della giurisprudenza dei tribunali. E così via. Certo, sarà assai meno facile al *quisque de populo* orientarsi in materie già molto più tecniche, come i contratti o le obbligazioni: le norme di condotta comprensibili intuitivamente non saranno molte, tuttavia sufficienti per instillargli alcuni concetti essenziali e per permettergli di comprendere la spiegazione che gliene potrà dare il giurisperito, il quale integrerà la norma con la giurisprudenza. Che cosa vogliamo dire con il nostro modesto esempio? Che il diritto, la

norma di comportamento, è già bello e trovato nella norma posta dal legislatore: si tratta solo di applicarlo, nelle dovute maniere.

Bülow ha avuto il torto, secondo noi, di rappresentare la legge come un qualcosa di *costantemente* avulso dalla realtà, di costantemente incapace di raggiungere il proprio obiettivo, di costantemente contraddittorio, inconcludente e oscuro, come se il destinatario e il giudice non si trovassero mai veramente di fronte ad una norma sufficientemente chiara da applicare. Sulla base di questa rappresentazione, egli fa scomparire il concetto di applicazione della norma, del quale, a nostro avviso, il diritto non può fare a meno. Bülow ha avuto il merito di esser stato tra i primi a rivendicare il ruolo *attivo* del giudice in questa applicazione, ruolo che non può ridursi a quello di un “essere inanimato”, di una “bocca che pronuncia le parole della legge”. Ma poi è andato oltre ed occorre riaffermare, ci sembra, la verità elementare secondo la quale il diritto consiste di *regulae*, le quali normalmente *si applicano*, per essere invece *trovate* dal giudice solo nel caso di oscurità della norma o in presenza di lacune o su rinvio espresso o tacito del legislatore ⁽¹¹⁾. Nella loro applicazione, le norme vengono poi opportunamente interpretate, dall’opera congiunta di giurisprudenza e dottrina, ma ciò non costituisce creazione di nuovo diritto: rivela invece il necessario *marginè di discrezionalità* che inerisce all’applicazione della regola. La supposta “libera ricerca del diritto” da parte del privato, anche in ordinamenti non dominati dalla produzione legislativa, sfugge secondo noi ad una effettiva determinazione. Resta la “libera ricerca del diritto” da parte del giudice, *la quale rappresenta però l’eccezione, non la regola*. E ciò a prescindere dalla fonte e dalla qualità formale della norma che si debba applicare. Infatti, anche nei sistemi processuali nei quali la legge scritta gioca un ruolo non di

⁽¹¹⁾ Come esempio di questo rinvio, citiamo da B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, *Commentario al c.c.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2000, p. 29: “Con l’espressione ‘condizioni inique’ il legislatore intende riferirsi a tutto il regolamento contrattuale, al contenuto del contratto in tutta la sua eventuale complessità. Non bisognerà, pertanto, fermarsi a valutare il solo squilibrio delle prestazioni, ma anche modalità che siano particolarmente gravose. Si tratta di un criterio meramente quantitativo per la cui determinazione il legislatore *si rimette al prudente apprezzamento del giudice*; oltre non si può andare e considerare il termine iniquo in senso talmente pregnante da farvi rientrare ipotesi di prestazioni ‘emulative’” (Sottolineatura nostra).

primo piano, quanto libero era ed è il giudice di trovare effettivamente il diritto? La supposta, grande elasticità del *judge-made law* nell'adattarsi alle esigenze del caso concreto o alle nuove esigenze sociali, è notoriamente un mito. Il vincolo del precedente ha per il giudice significato normativo: il precedente costituisce di fatto la *norma scritta* che egli deve applicare, individuale e concreta più che altro per l'apparenza, per la forma nella quale esiste nell'ordinamento: in realtà è come se fosse generale ed astratta poiché, in quanto consolidata nella giurisprudenza, preesiste al caso concreto da giudicare, come vera e propria regola che già definisce una fattispecie da applicare, per la generalità dei possibili casi futuri e quindi per tutti. Ugualmente, nel sistema processuale romano del periodo repubblicano, quanto libero era il giudice di discostarsi dal *responsum* del giurista, quando non si fosse trattato di diritto controverso, caso nel quale era possibile scegliere tra più pareri? Anche se formulato in forma casistica, non veniva esso a costituire, in quanto dottrina consolidata, una vera e propria normazione preesistente al caso concreto, e quindi, nella sostanza, generale ed astratta? ⁽¹²⁾. Proprio il diritto romano ha formulato una massima che va in senso opposto alla libera ricerca del diritto da parte del giudice, quella secondo la quale, "non exemplis sed legibus iudicandum" ⁽¹³⁾. Essa esprime lo spirito con il quale il mondo greco-romano ha guardato alla figura del giudice ⁽¹⁴⁾.

Ribadire che la funzione essenziale del giudice resta sempre quella di applicare una norma, significa ribadire, a nostro avviso, il significato originario, primigenio di ciò che ci aspettiamo dal "giudizio di un giudice". Questo giudizio nasce per dirimere una controversia, sottraendola alla disponibilità delle parti. O per punire in maniera giusta il delinquente. Ma del diritto penale non è qui

⁽¹²⁾ Sul problema della validità *generale* delle opinioni dei giuristi romani, in quanto fonti di produzione del diritto, vedi LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 63-75.

⁽¹³⁾ È richiamata da Puchta per negare alla "auctoritas rerum iudicatarum" la qualifica di fonte del diritto, perché autorità di "praejudicien", attribuita "a un fatto non animato da alcun pensiero": G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, Erster Theil, Erlangen, 1828, I, pp. 164-165.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Xen., *Institutio Ciri*, I, III, 17; *Anabasi e Ciropedia*, tr. it. C. Carena, Torino, Einaudi, 1962, p. 249: "E poiché ogni azione conforme alla legge è giusta, contraria alla legge è iniqua, il giudice deve sentenziare in base alle leggi".

questione. Dovendo dirimere una controversia in modo imparziale, definitivo, l'imparzialità sarà la caratteristica essenziale del giudice e nell'accertamento dei fatti e nell'emanazione della regola che decide. E la regola, la sentenza, non dovrà dimostrare di aver applicato la giustizia al caso concreto? Quando diciamo che un giudice ha deciso secondo giustizia, non intendiamo forse dire che ha *applicato* i principî della giustizia alla controversia? Diciamo che li ha applicati poiché i principî della giustizia non si trovano, *si applicano*. Non nascono dal caso concreto ma gli preesistono, e gli si applicano grazie ad un ragionamento che si avvicina alla tanto avversata *sussunzione*. "Per questo, quando si è in lite, si ricorre al giudice, e l'andare dal giudice è come andare dalla giustizia: il giudice infatti vuole essere come la giustizia incarnata" (15). Non si sarebbe potuto dire meglio di così: *solo la giustizia* può essere il valore che giustifica l'esistenza del giudice e l'effettivo criterio per valutarne l'opera.

III. Per ciò che riguarda il rapporto naturale tra la legge e il giudice (n a t u r a l e , perché equilibrato, conforme alla ragione e al senso comune), ci sembra esso sia stato definito nel modo migliore da Aristotele e da S. Tommaso d'Aquino. Tale rapporto entrò in crisi con il laico giusnaturalismo moderno, il quale, rigettando il dogma del peccato originale e la separazione tra natura e Grazia, ha voluto fondare la legge di natura esclusivamente sulla ragione dell'uomo concepito arbitrariamente come un *ente autosufficiente*, capace di perfezionarsi d a s o l o , con l'uso della s u a ragione, senza più bisogno dell'aiuto divino. Si giunse così all'idea della ragione umana legislatrice dell'universo e di poi alla *raison* della *Politique* rivoluzionaria, costruttrice di Stati secondo i suoi dogmi, onnisciente, onnipotente, che rifiutava a priori ogni forma di eterointegrazione all'ordinamento da essa creato.

La legge si ridusse così alla v o l o n t à del legislatore, che attuava la *raison* immanente alla volontà generale.

(15) Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1132 a, tr. it. A. Plebe, Bari, Laterza, 1965, p. 123. Letteralmente, "come la giustizia animata (*dikaion émpsychon*)". L'Aristotele latino rende alla lettera il passo: "quod homines ad iudicem confugiunt sicut ad quandam iustitiam animatam" (*Summ Theol.*, II^a-II^{ae}, q. 60, a. 1).

Sappiamo che per Platone e Aristotele la vita in comune deve esser regolata dalle leggi, le quali, dice Aristotele, “rettamente stabilite”, devono essere “sovrane” (kyríous=padrone), devono governare al posto degli individui (16). Assai più che volontà, la legge è “ordine” e “ragione senza passione” (17). In essa si rispecchia l’ordine del Tutto, innanzitutto come ordine *morale*, dato che scopo delle leggi è che gli uomini vivano secondo *virtù* (18). Il “giusto” che le leggi realizzano non è solo “civile” o del diritto positivo, è anche “naturale”. Il “giusto civile” è la “legge particolare” quella “che per ciascun popolo è stata definita in rapporto ad esso e che può esser tanto non scritta quanto scritta”. Una parte di essa ricomprende necessariamente il “giusto naturale”, il quale è la “legge comune” a tutti gli uomini, la legge che è “secondo natura”. Questo punto è fondamentale: “vi è infatti un giusto e un ingiusto per natura di cui tutti hanno come un’intuizione e che è a tutti comune, anche se non vi è nessuna comunanza reciproca e neppure un patto”; concetto questo, che risulta ben espresso nell’*Antigone*, ove Sofocle giustifica la ribellione al divieto di seppellire i corpi dei caduti combattendo contro la propria Patria, perché contrario alla legge di natura (19). Di fronte alla legge così concepita, qual’è la posizione del giudice? A differenza dell’arbitro, che persegue l’equità (epieikeia), “il giudice bada alla legge”, si occupa dell’applicazione della legge posta dal legislatore (20). Questo è il suo compito istituzionale. La legge però non è né onnipotente né onnisciente. Aristotele scrive che sarebbe bello se le leggi “determinassero esse stesse tutto quanto è possibile e lasciassero ai giudici il meno possibile” (21). Tuttavia, ciò non è possibile, è cosa al di là delle capacità umane; anzi, è del tutto

(16) *Et. Nic.* 1129 b (tr. it., p. 114); *Pol.* 1282 b, 1287 a (tr. it. A. Plebe, Bari, Laterza, 1966, p. 159). Sul significato razionale e non volontaristico del principio che la legge debba esser stabilita “rettamente” (*orthós*), cfr. le puntuali osservazioni di A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta*, Annali della Fac. di Giur. dell’Univ. di Perugia, N.S., n. 2, 1974, Padova, Milani, p. 6 dell’estratto e Id., *Giustizia e ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 38.

(17) *Pol.*, 1287 a; tr. it. p. 159-171.

(18) *Et. Nic.*, 1130 a; tr. it. p. 118.

(19) *Et. Nic.*, 1134 b; tr. it. p. 132; *Rhet.*, 1373 b, tr. it. A. Plebe, Bari, Laterza 1961, pp. 64-65.

(20) *Rhet.*, 1374 b; tr. it. p. 68.

(21) *Op. cit.*, 1354 a; tr. it. p. 2.

possibile che le leggi “deviino dalla giusta strada”: in questo caso “non saranno sovrane” (22), non bisognerà considerarle vere leggi.

Inoltre, Aristotele afferma di frequente che la legge *non può prevedere tutti i casi possibili ed immaginabili*: “*le leggi danno solo indicazioni generali [lett. in universale] e non determinazioni sui casi che via via si presentano*” (23). Quando ci si trovi in presenza di una lacuna “è cosa retta correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato, parlando in generale”, ossia esprimendosi mediante una norma generale ed astratta; correggerla ricorrendo all’*equità*, supponendo in tal modo di dire ciò che lo stesso legislatore avrebbe detto “se avesse previsto la cosa” (24). La natura dell’*equità* è perciò quella di “correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in generale” (25), a causa della sua generalità ed astrattezza. E siffatta “correzione” si effettua interpretando l’intenzione del legislatore, servendosi dei principî del “giusto naturale”, che ricomprende l’*equità*, alla quale deve ricorrere il giudice anche quando si trovi di fronte una legge *ingiusta* ovvero il “giusto apparente”. Infatti, la legge ingiusta “non è una legge” in senso sostanziale, secondo il suo vero concetto, perché “non adempie la funzione della legge”, che è quella di attuare la giustizia (26).

Il giudice non si limita, quindi, ad applicare meccanicamente la legge, dal momento che di fronte ad essa, si deve comportare come “un saggiatore d’argento”, capace di discernere il buon metallo autentico da quello falso (27). Deve quindi esserne sempre l’interprete. Da tutto ciò si deduce che, per Aristotele, il giudice interpreta sempre la legge che applica, che non è un mero automa. L’integrazione dell’ordinamento avviene dunque sul presupposto dell’esistenza di una legge naturale, che permette al giudice di valutare le intenzioni del legislatore secondo ciò che esse dovrebbero essere e di applicare in via equitativa le norme del diritto “comune” a tutti gli uomini, del diritto naturale. Il giudice si trova a dover applicare le norme di due ordinamenti, quello civile e quello naturale, e ciò

(22) *Pol.*, 1286 b; tr. it. p. 156.

(23) *Pol.*, 1286 a; tr. it. p. 155.

(24) *Et. Nic.*, 1137 b; tr. it. p. 142.

(25) *Op. cit.*, ivi.

(26) *Reth.*, 1375 b; tr. it. p. 71-72.

(27) *Op. cit.*, 1375 b; tr. it. p. 71.

corrisponde alla natura delle cose. L'ordinamento positivo, creato dalle leggi, scritte e non, non può quindi considerarsi un ordinamento *completo*, che sia cioè privo di lacune e manchevolezze.

Su questi chiari e solidi fondamenti, S. Tommaso delucida ulteriormente l'*ufficio* del giudice. Movendo dalla definizione aristotelica del giudice quale "giustizia incarnata" (v. *supra* nota n. 15), l'Aquinate afferma che il giudizio è "la retta determinazione di ciò che è giusto" (28). Esso è "l'atto del giudice in quanto giudice", l'atto che gli è intrinseco per natura. Infatti, il giudice è colui che "ius dicit" e il diritto è "objectum iustitiae" (29). Non si può separare il diritto dalla giustizia ed in conseguenza *l'attività del giudice non può essere separata dal giudizio*, privata cioè della qualità intrinseca di atto che giudica del diritto in relazione al caso concreto, che giudica quindi di ciò che è giusto in relazione al caso concreto. Ora, il giudicare, *l'atto del giudizio* comporta una "definitio vel determinatio" del proprio oggetto. Affinché tale determinazione sia "recta" ossia capace di cogliere il proprio oggetto e realizzare il proprio fine, essa deve possedere due qualità: 1) la capacità (virtus) di profferire un giudizio, che è capacità *razionale* (della *recta ratio* o *ratio naturalis*), dal momento che "definire o determinare un qualcosa" è "actus rationis"; 2) la "dispositio iudicantis", quella disposizione del soggetto investito del giudizio, dalla quale risulti la sua "idoneità a giudicare rettamente", il che vorrà dire, ad attuare la giustizia, nelle cose che concernono la giustizia (30). Nel definire razionale intrinseco al giudizio, si esprime la medesima *ratio* presente nella legge, la quale è in generale "rationis ordinatio ad bonum commune", attuata da un legislatore, è "dictamen practicae rationis" (31). Il giudizio del giudice si caratterizza perciò simultaneamente come atto della *giustizia* e della saggezza o *prudenza*: della giustizia, in quanto atto che mostra la "disposizione a giudicare rettamente"; della "prudenza", proprio in quanto giudizio, dal momento che la *prudencia* o *phró-*

(28) *Summ Theol.*, II^a-II^{ae}, q. 60, a. 1.

(29) *Op. cit.*, ivi.

(30) *Op. cit.*, ivi.

(31) *Op. cit.*, I^a-II^{ae}, q. 90, a. 4; q. 91, a. 1.

nesis è stata definita da Aristotele come “il saper ben deliberare” (32). Senza la virtù della “prudenza”, l’uomo non può essere “bene ratiocinativus”, non può applicare bene i “principi universali a quelli particolari” (33) e quindi non può giudicare bene.

Ma nel giudizio del giudice si manifestano anche altre caratteristiche. Poiché la giustizia, in quanto virtù, “ordinat hominem ad alium” e nessuno “è padrone di ciò che concerne l’altro”, il giudizio che le parti diano nelle cose della giustizia, anche se ispirato alle altre virtù, è insufficiente a regolare il rapporto intersoggettivo: occorre “un giudizio ulteriore”, quello di “un superiore” che sia in grado di farsi valere nei confronti di entrambe (34). In conclusione, il giudizio del giudice, per esser legittimo in quanto “actus iustitiae”, deve rispondere a tre requisiti: 1) deve mostrare “l’inclinazione alla giustizia”; 2) “l’autorità di un superiore” (*auctoritas praesidentis*); 3) deve esser “profferito secondo la *recta ratio* della prudenza” (35). Mancando anche uno solo di questi requisiti, il giudizio ne risulta “viciosum et illicitum” (36). In aggiunta, S. Tommaso specifica che bisogna sempre giudicare *sulla base di una legge scritta*. Poiché la giustizia risulta e dal diritto naturale e dal diritto positivo, le leggi scritte “li dichiarano tutti e due”, anche se in modo diverso, perché il diritto naturale è contenuto ma non istituito dalla legge scritta, che invece “istituisce” il diritto positivo. La mancanza di una norma scritta sulla quale appoggiarsi, renderebbe il giudizio insufficiente o dal lato del “giusto naturale” o di quello “positivo” (37). In ogni caso, la necessità di una *legge scritta* sulla quale fondare il giudizio, non tarpa le ali all’interprete perché tale legge si limita a dichiarare il diritto naturale, del quale non può né aumentare né diminuire la forza. Perciò la legge che viola il diritto naturale “iniusta est nec habet vim obligandi” e deve considerarsi non legge bensì “*corruptio legis*” (38).

(32) *Et. Nic.*, 1140 a, tr. it., p. 153; *Summ Theol.*, II^a-II^{ae}, q. 90, a. 1 e II^a-II^{ae}, q. 49, a. 5, ove la definizione di Aristotele viene resa con “esse bene consiliativum”.

(33) *Summ Theol.*, II^a-II^{ae}, q. 49, a. 5.

(34) *Op. cit.*, II^a-II^{ae}, q. 60, a. 1.

(35) *Ivi*, q. 60, a. 2.

(36) *Op. cit.*, *ivi*.

(37) *Op. cit.*, *ivi*, q. 60, a. 5.

(38) *Op. cit.*, *ivi*.

Il compito istituzionale del giudice consiste nell'applicare la legge, tuttavia, come già per Aristotele, il suo ruolo non è affatto quello di un automa. Infatti, da dove gli viene la *capacità* di disapplicare una norma che gli si riveli contraria al diritto naturale? Dal fatto che egli in qualche modo *i n t e r p r e t a* sempre la norma che applica: “ille qui iudicium fert legis dictum quodammodo interpretatur, applicando ipsum ad particolare negotium” (39). Non esiste un'applicazione della norma che non implichi una sua interpretazione da parte di chi la applica, da parte del giudice! Usando delle sue capacità naturali e delle sue conoscenze specifiche, il giudice è certamente in grado di interpretare la norma e di capire se essa sia conforme o meno al diritto naturale e se corrisponda o meno alle esigenze della *lex humana*, cioè al bene e all'utilità comuni, per realizzare i quali sono date le leggi (40). Si deve quindi ammettere che, nell'applicare la legge, il giudice gode di un margine di discrezionalità, che gli va riconosciuto. La *lex humana*, il diritto positivo può poi mutare, evolversi perché, a causa dei limiti imposti all'uomo dal peccato originale, la ragione che presiede (come si è visto) alla legge, “giunge solo per gradi da uno stadio imperfetto ad uno perfetto”; inoltre, mutano le “condizioni” per regolare le quali, vengono fatte le leggi (41); si deve dire quindi che le leggi umane devono mutare, devono adeguarsi ma non per gusto del mutamento in quanto tale, bensì solo quando si consegua un effettivo vantaggio per l'“utilità comune”, fermo restando che i principî della legge naturale e di quella divina, i quali sempre devono riflettersi nella legge positiva, mai possono mutare (42).

Una flessibilità *limitata* della legge ai bisogni e alle circostanze, va ammessa anche in considerazione del fatto che il legislatore non può ovviamente prevedere tutti i casi singoli e legifera unicamente sulla base di “*ea quae in pluribus accidunt*”: la possibilità di lacune va quindi ammessa come normale (43). Ciò significa che si può agire

(39) *Op. cit.*, ivi, q. 60, a. 6.

(40) *Op. cit.*, I^a-II^{ac}, q. 90, a. 2, 3, 4; q. 97, a. 1, 2.

(41) *Op. cit.*, ivi, q. 96, a. 1.

(42) *Op. cit.*, ivi, a. 2.

(43) *Op. cit.*, ivi q. 96, a. 6; II^a-II^{ac}, q. 120, a. 1, ancor più dettagliatamente: “*quia humani actus, de quibus leges dantur, in singularibus contingentibus consistunt, quae infinitis modis variari possunt, non fuit possibile aliquam regulam legis institui quae in nullo caso deficeret...*”.

“*praeter verba legis*” in caso di necessità, “*quia necessitas non subditur legi*”: il caso non previsto è talmente cogente da imporre la disapplicazione di una norma perfettamente legittima ⁽⁴⁴⁾. Vi sono poi i casi nei quali si deve applicare l'*aequitas*. Ciò accade quando leggi “rettamente poste” (vedi *supra*, Aristotele), presentino tuttavia alcune norme che, se osservate, implicherebbero la violazione del diritto naturale: il giudice non deve applicarle secondo la lettera ma “*recurrendum ad aequitatem*”, convinto (come dev'essere) che anche il legislatore al posto suo farebbe la stessa cosa ed anzi riformulerebbe la norma, se la prendesse di nuovo in considerazione ⁽⁴⁵⁾. Il fatto che il giudice possa ed anzi debba immedesimarsi alle intenzioni del legislatore, non implica che il giudice diventi legislatore. Vale sempre il principio generale che la determinazione di ciò che costituisce il bene e l'utilità comuni, perseguiti dalle leggi, spetta sempre al legislatore ⁽⁴⁶⁾.

I principî fissati da Aristotele si innervano nell'Aquinate ad un giusnaturalismo che incardina il rapporto tra legge e giudice nella visione superiore della giustizia fondata sulla Verità Rivelata. La tradizione aristotelico-tomistica, la tradizione classica, ha dunque fissato i criteri oggettivi e soggettivi in base ai quali il giudice può integrare la legge, senza per questo creare nuovo diritto e farsi legislatore. Nell'applicare la norma egli l'interpreta sempre “in qualche modo”; ricorrendo alle regole della *prudencia* come criterio soggettivo, alla volontà del legislatore e ai principî ad essa sovrastanti del diritto naturale, come criterio oggettivo. Quando non può applicare la norma perché è manifestamente ingiusta o quando si trova in presenza di una lacuna, il giudice ricorre al criterio oggettivo rappresentato dalla giustizia incarnata nella *lex naturae*, mentre soggettivamente si affida sempre alla virtù della prudenza, nella quale si deve manifestare la sua inclinazione alla giustizia: questa virtù lo guiderà nel corretto impiego dell'*aequitas*. Il criterio che fa

⁽⁴⁴⁾ *Op. cit.*, I^a-II^{ac}, q. 96, a. 6. L'esempio addotto è quello dell'ordine tassativo di non aprire le porte in caso di assedio, aperte però in tutta fretta per far entrare i propri concittadini pressati dal nemico.

⁽⁴⁵⁾ *Op. cit.*, II^a-II^{ac}, q. 60, a. 5. In questi casi, “*bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas*” (II^a-II^{ac}, q. 120, a. 2; sottolineatura nostra).

⁽⁴⁶⁾ *Op. cit.*, I^a-II^{ac}, q. 96, a. 6.

del diritto naturale l'unità di misura del diritto positivo, non si fonda sul sentimento di sé del soggetto né su di una ragione che sia il prodotto della supposta autosufficienza dell'uomo; non è perciò soggettivo ma *oggettivo poiché la norma del diritto naturale (la giustizia) deriva in ultima analisi dalla verità rivelata dalla Tradizione e dalla Sacra Scrittura, ossia dall'insegnamento della Chiesa.*

Larenz ha rimproverato a Bülow di non avere saputo indicare in base a quale criterio il giudice dovrebbe “trovare il diritto”, scegliendo tra le possibili interpretazioni della norma: “se secondo criteri oggettivi, fino ad un certo punto controllabili, come lo scopo della legge, la “natura del fatto”, la concordanza con un principio di diritto, ovvero secondo criteri puramente soggettivi, qualcosa come la sua sensibilità giuridica. Le sue argomentazioni possono per ciò essere interpretate sia nel senso di una dottrina ermeneutica teleologica, sia, andando più lontano, nel senso della “dottrina del diritto libero”, e sono state interpretate sia nell'uno che nell'altro senso” (47). A noi sembra che Bülow abbia dato la prevalenza al criterio *soggettivo*. Egli scrive, come si è visto, che lo *ius honorarium* fu costruito da magistrati “animati da nobili principî”. I *criteri* ai quali i buoni giudici si sono sempre attenuti, nel corso dei secoli, per creare o “trovare” il diritto, sono sempre stati gli stessi: i “nobili principî”, la “misura”, il “senso del diritto fine e delicato”, il “buon senso”, il “discernimento”, la “diligenza”, “l'accuratezza”, “uno spirito acuto ed educato”, una “volontà orientata a ciò che è giusto”, la “pedagogia” posta in essere dalla scienza giuridica ed infine “i giusti principî morali”, risultanti da “un'educazione etica del carattere”. In conclusione: “maturità giuridica” e “senso della giustizia”. Tutte le virtù, le facoltà, i principî e le qualità rappresentati in modo eminente nella personalità che *trova* il diritto, possono ricomprendersi, come tanti segmenti, nella virtù della *phrónesis-prudentia*. Tuttavia, le indispensabili qualità personali del giudice restano come appese per aria o meglio ripiegate sul soggetto, se manca il nesso con il criterio *oggettivo*, rappresentato non solo dalla legge, sia essa scritta o meno (rappresentato quindi dall'intenzione del legislatore o da quella che traluce nella norma consolidata dalla consuetudine) ma anche e soprattutto dal *diritto naturale*. Dalla

(47) K. LARENZ, *op. cit.*, p. 83.

Scuola Storica in poi, il diritto naturale viene normalmente considerato alla stregua di un criterio incerto. Incerto, è però quello concepito secondo i canoni del *soggettivismo* più radicale, ieri protestante e oggi modernista; non lo è di sicuro quello del diritto naturale (*lex naturalis e aeterna*) che si ricava dalla verità rivelata, dalla teologia e dalla metafisica che l'hanno razionalmente elaborato, conformemente all'insegnamento della Chiesa nei secoli (sino al Vaticano II escluso).

La prevalenza conferita da Bülow all'elemento soggettivo nell'attività del giudice, va poi messa accanto alla sua esclusione della logica del giudizio dal giudizio del giudice. Su questo punto Bülow è particolarmente deciso. Non è certo questo il luogo per prendere di petto il problema dell'intrinseca natura del giudizio, a suo tempo oggetto di profonde dispute tra eminenti rappresentanti della filosofia e della scienza giuridica tedesca. Ci limitiamo a porre questa domanda: se dal modo di procedere del giudice togliamo la *componente razionale* sulla quale insiste S. Tommaso (il procedere secondo i canoni della *recta ratio*, a cominciare dall'applicazione *razionale* dell'universale al particolare), che cosa ne resta? La *Rechtskraft*, la forza della cosa giudicata nella quale si attua tutta la forza del diritto, non sembra potersi sostituire al sillogismo intrinseco al giudizio, dal momento che essa ne è inevitabilmente la *conseguenza*, un *momento successivo*, che ricava la sua forza dall'ordinamento, non dal giudice; dall'ordinamento, ossia dalle norme, scritte o non, le quali stabiliscono che, per motivi sia di opportunità che di giustizia, le controversie devono ad un certo punto terminare, che ci deve essere un *ultimo* grado di giudizio. Cosa che comunque non vale per il diritto penale, visto che per certi reati il processo può sempre ricominciare, se si danno certe condizioni. Attribuire l'efficacia ultimativa della *res iudicata* alla forza intrinseca della sentenza, non sembra un voler usurpare a favore del giudice un merito che spetta invece all'ordinamento? ⁽⁴⁸⁾

(48) Bülow, che ha dedicato alla *Rechtskraft* sul processo civile un notevole saggio (*Die absolute Rechtskraft des Urteils*, Archiv f. die zivilistische Praxis, 83, pp. 1-152) viene criticato da A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Wien, F. Deuticke, 1923, pp. 66-67 e 69-73: Bülow intende la *Rechtskraft* come "immutabilità di un atto" (*op. cit.*, p. 67) ma non ha senso attribuire maggiore

IV. L'ultima nostra riflessione la vogliamo dedicare alla problematica del cosiddetto *diritto vivo o vivente*, che trova in Bülow sicuramente un precursore, anche se ancora lontano dagli estremismi della *Freirechtsbewegung*, della quale la suddetta problematica costituisce, come si sa, un vero e proprio cavallo di battaglia (49). Non intendiamo qui tale nozione nel senso *tecnico* che ha assunto oggi, "per indicare un risultato interpretativo consolidato", soprattutto nell'ambito della giurisprudenza costituzionale (50). L'intendiamo in senso *sociologico*, che ci sembra quello originario, come "assetto normativo di rapporti sociali", non ancora riconosciuto dall'ordinamento positivo, secondo la definizione datane da Ehrlich (51). Ed anzi, in un senso che va oltre quello di Ehrlich, e cioè come *istanza, pretesa* che viene dal contesto sociale, dal basso, e che non è costituita in un "assetto normativo"; che si trova allo stato fluido e che tuttavia reclama il riconoscimento da parte del legislatore o di un'autorità legittima, servendosi spesso del giudice (delle Alte Corti) per ottenerlo. Ci sembra che in questo significato primigenio l'intenda Bülow, là ove afferma, nelle sue *Considerazioni finali*, che la legislazione non è mai "all'altezza della vita reale del diritto (Rechtsleben)", che è quella del "dinamismo impetuoso e molteplice della vita di relazione". Esiste dunque un diritto che è *nella vita di relazione stessa*, che è "esperienza" e che può esser fatto emergere solo dalla "forza vitale" di una volontà come quella del giudice, che "si innesta" (greift ein) immediatamente nella vita" o, se si preferisce, "interviene immediatamente" su di essa. Tuttavia, ammonisce il nostro, questo diritto (vivente) non è così evidente e ovvio come si potrebbe credere, è invece *n a s c o s t o*. Dove? "Nel

Rechtskraft al giudizio piuttosto che alla legge, come se il giudizio "fosse più forte della legge", solo perché non si può impugnare la cosa giudicata. Ogni ordinamento dispone di mezzi straordinari per combattere giudizi ingiusti passati in giudicato, mentre si assiste al fenomeno di leggi contrarie alla costituzione, che tuttavia si mantengono ugualmente (*ivi*, p. 73).

(49) LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 260-263. Per la corretta terminologia, se "vivo" o "vivente", si vedano le precise osservazioni di L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 141-163, pp. 150-153.

(50) MENGONI, *Saggio citato*, p. 153 ss.

(51) *Op. cit.*, p. 161.

tutto della vita del popolo e dello Stato, profondamente calato nel passato del popolo”. Quest’immagine, che ci rimanda di colpo alla mistica dei germanisti, contiene tuttavia un aspetto *positivo*. Essa ci rammenta che tale “diritto”, anche se “vivente” o “vitale” che dir si voglia, anche se presente nelle cose, può tuttavia esser riconosciuto e regolato solo mediante “un serio lavoro e un sapere maturo”, solo grazie all’opera di giudici forniti di “senso della giustizia”, di “giusti principî morali”. Ci sembra di cogliere, nel pensiero di Bülow, un implicito invito alla *cautela*, come se egli avesse voluto dire che nel dinamismo sociale, soprattutto quando è tumultuoso, non tutto il “vivente” è tale da meritarsi il riconoscimento cui aspira.

Il fatto è che la realtà che vorrebbe esser presa in considerazione come “diritto vigente”, non è *univoca*, e non rappresenta sempre il bene e il meglio. Vi si trovano plurisecolari e vitali istituti, ignorati dal legislatore per negligenza o per scelta ideologica, che meritano di esser riconosciuti e tutelati; vi si trova l’*antico* che dovrebbe esser conservato e difeso, in base ai principî della giustizia e dell’utilità sociale, e vi si trova il *nuovo*, che preme deciso ed aggressivo, un *nuovo* che a volte mette in discussione i principî non solo giuridici ma anche morali sui quali riposa la società.

Tra gli esempi apportati da Ehrlich, di Rechtszustände mantenuti contro la norma di diritto positivo e meritevoli di tutela, veri e propri ordinamenti giuridici, c’era quello del regime familiare e patrimoniale mantenuto di fatto dal contadino rumeno della Bucovina, al tempo suddito austro-ungarico, “il quale — scrive il Nostro — si è conservato consapevolmente sino ad oggi una *patria potestas*, ben familiare ai conoscitori dell’antico diritto romano”, ma del tutto inesistente nel diritto di famiglia austriaco allora vigente, uno dei più individualistici d’Europa, che permetteva una sostanziale indipendenza tra le parti della famiglia e sembrava ridurre il padre ad un mero tutore dei figli⁽⁵²⁾. Un altro esempio di “diritto vivente” in senso proprio, ce lo offre Paolo Grossi nel suo classico *Un altro modo di possedere*, quando ci rammenta la “vicenda italiana” delle forme di proprietà collettiva del suolo ampiamente diffuse da secoli

(52) E. EHRLICH, *Soziologie und Jurisprudenz*, conferenza del 1906, rist. anast. Scientia, Aalen, 1973, in un opuscolo che contiene anche *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*: pp. 4-5.

nella penisola, “forme storiche”, ricche di “vitalità”, misconosciute completamente dal codice civile del 1865, perché contrarie all’ideologia individualistica dominante; le quali riuscirono a godere di una prima, imperfetta tutela solo dopo un’ampia battaglia politico-culturale, solo con la legge n. 397 del 4 agosto 1894, conferente la personalità giuridica ai dominî collettivi degli ex-Stati Pontifici e dell’Emilia⁽⁵³⁾. Qui si trattava di realtà giuridicamente, economicamente ed anche moralmente sane, radicate nella tradizione, che non meritavano di soccombere di fronte all’individualismo “possessivo” fatto proprio dal legislatore unitario, non meritavano di subire la sorte di analoghe forme di proprietà, distrutte dall’avanzata primeva di quell’individualismo onnivoro e distruttivo, nell’Inghilterra dell’eretico Enrico VIII. Nella vicenda italiana, la tutela non fu alla fine realizzata dal giudice ma dal legislatore stesso, dopo una difficile battaglia, condotta dall’on. Tittoni. Qui, come nel caso del diritto di famiglia dei contadini rumeni, possiamo ben dire di trovarci in presenza di “valori culturali alternativi” a quelli dominanti formalmente nel sistema giuridico al tempo vigente⁽⁵⁴⁾. E negli esempi addotti da Bülow, concernenti le nuove esigenze poste di colpo dalle ferrovie, dal telegrafo, etc., non ci troviamo di fronte a “valori alternativi” ma a necessità nuove, imposte da un legittimo progresso materiale, cosa tipica della vita del traffico.

Le nuove esigenze, connesse o meno a “valori culturali alternativi”, che si sono sempre presentate al diritto, quando sono state tutelate, lo sono state ora dal legislatore ora dal giudice. Lo schema delineato da Bülow, quello del giudice che sana costantemente l’ordinamento dalla rigidità e dall’incapacità del legislatore, ci sembra *troppo rigido*, dal momento che, in vari momenti dello sviluppo storico, anche il giudice ha rappresentato *un ostacolo* all’accoglimento del “diritto vivente”. Ci sembra che lo stesso Bülow, nel suo schizzo storico, sia stato costretto a riconoscere che anche il diritto di origine giurisprudenziale ha subito delle fasi di arresto e di involuzione, durante le quali si imbalsamava, per così dire, nella vetustà e nella rigidezza delle procedure, nella pluralità ingovernativa

(53) P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, Giuffrè, 1977, parte seconda, *Vicenda Italiana*, p. 191 ss., p. 352.

(54) *Op. cit.*, p. 373.

bile delle fonti. Se guardiamo al diritto inglese del passato, durante il Medioevo, il tribunale di equità, presieduto dal Cancelliere del re e quindi emanazione diretta del monarca, “giustizia del re in senso stretto”, si sviluppò progressivamente proprio per risolvere i casi del “diritto vivente” non presi in considerazione dai tribunali di *Common Law*, a causa del loro rigido formalismo: qui la rigidità, l’incompletezza, il formalismo, la chiusura mentale, venivano dai giudici e dovettero essere sanate gradualmente dall’intervento di *altri giudici*, che giudicavano secondo criteri più adatti alla “natura della cosa” cioè ispirandosi ai principî dell’onestà, della coscienza, della buona fede (desunti dal diritto canonico e dal diritto romano) per integrare e correggere il diritto comune, che essi presupponevano ⁽⁵⁵⁾.

Ripugna al senso storico considerare in modo *programmatically* negativo sia la legislazione sia la codificazione: in certi momenti storici esse sembrano necessarie, proprio per far chiarezza nel diritto, per conferirgli certezza e adeguarlo alle nuove esigenze. Va respinto l’eccesso, frutto del resto di ideologie ben definite. Come puntualizza Paolo Grossi, va respinta la concezione “assolutistica” delle fonti rinnovate dal legislatore, quella che non riconosce altro diritto al di là dell’onnisciente legge scritta né altro ente giuridico al di fuori dello Stato che la pone ⁽⁵⁶⁾.

La forza della prassi, che costringe oggi a “ripensare la natura delle fonti del diritto” ⁽⁵⁷⁾, non ci sembra spinga verso un effettivo ridimensionamento della legge scritta. Abbiamo un parlamento europeo che legifera senza posa e vuole darci addirittura una costituzione scritta (e forse dei codici), abbiamo una legislazione regionale. Le fonti della legislazione si sono *moltiplicate*, anche se a danno di quella per così dire classica, rappresentata dallo Stato nazionale, che ha perduto in autorità, almeno in Europa, per cause politiche, ci sembra, più che giuridiche. E non abbiamo addirittura una *superconstituzione scritta* nella carta dell’ONU, che vuol essere

⁽⁵⁵⁾ T. RAVÀ, *Un’esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella Common Law inglese*, in “Rivista di diritto civile”, XX (1974), I pt., pp. 196-237, pp. 211-218.

⁽⁵⁶⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)*, in “Quaderni fiorentini”, 29 (2000), pp. 1-10, p. 3.

⁽⁵⁷⁾ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 5.

come il fondamento di un governo mondiale, incarnato dall'ONU e dalle sue agenzie, quasi a dar corpo alle utopie della Scuola di Vienna, che vedevano nel diritto internazionale la *Grundverfassung* di una possibile "unità giuridica" del mondo ⁽⁵⁸⁾? La pluralità degli ordinamenti giuridici che si servono di leggi e di carte fondamentali e delle normative ad esse gerarchicamente ordinate, è oggi quanto mai vasta e non sembra facilmente riconducibile ad unità concettuale. In ogni caso, ci sembra che essa mostri una diminuzione di competenza dello Stato-nazione quale fonte del diritto ma non un declino della legislazione, la cui *massa* non fa che aumentare. Per quanto riguarda l'Europa, essa mostra questa gradazione, *in teoria gerarchica*: norma dell'ONU, del parlamento europeo, dello Stato nazionale, della regione o entità regional-federale che dir si voglia. E tutto questo, nonostante l'imponente autonomia giuridico-organizzativa di tipo commerciale-privatistico (ultraaffinata riedizione della *lex mercatoria*), che il mondo oggi transnazionale dell'economia è riuscito a costruirsi con tecniche soprattutto processualistiche, perché desunte in prevalenza dall'esperienza giuridica anglo-americana, che ha finora permeato il processo di globalizzazione ⁽⁵⁹⁾.

Viviamo dunque in un mondo che ancora riposa ampiamente su leggi e costituzioni scritte. In compenso, è cambiato il modo di intendere il significato della legge, soprattutto della norma emanata dallo Stato, ridimensionato dalle nuove fonti nazionali ed internazionali di produzione del diritto oltre che dalla rigogliosa autoregolamentazione emersa in vasti settori della vita del traffico. A questo mutamento ha contribuito, però, oltre alla prassi, anche la teoria, vi ha contribuito quel depotenziamento concettuale della norma sta-

⁽⁵⁸⁾ A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1923, pp. 126-128.

⁽⁵⁹⁾ P. GROSSI, *Oltre la mitologia giuridica della modernità*, in "Quaderni Fiorentini", 29 (2000), pp. 217-240, p. 239; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 46 ss., 50, 52, 62. Diversi aspetti della globalizzazione sono stati notoriamente sottoposti ad una critica radicale da molteplici ed opposte visuali. Per gli effetti negativi che essa sembra in vario modo comportare nei confronti della "identità dell'io", ridotta in un certo senso a "merce" del marketing globale, dell'io in sé e come soggetto giuridico, cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto. Saggio su diritto e identità*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 32 ss.; 44, 47, 48-50, 55-58, 80-83.

tale, che abbiamo già visto all'opera in autori come Bülow. Il fatto è che la più che necessaria critica della concezione della legge affermata con la rivoluzione Francese e consolidata poi nello stretto *volontarismo* positivista che ben conosciamo, si è lasciata alla fine sedurre da suggestioni ermeneutiche (del tipo: "l'universalità della norma si determina [non in sé in quanto *recta ratio* ma solo] attraverso il singolo caso concreto"), le quali hanno finito con il provocare la sostanziale dissoluzione del concetto stesso della legge⁽⁶⁰⁾. Ogni norma, dalla Costituzione in giù, è intesa come un mero "principio ermeneutico" dal quale ricavare una "direttiva", che deve esser attuata nel caso concreto, tenendo conto delle risultanze sociali più diverse, ma in modo da armonizzarle, per ottenere il consenso sociale più ampio⁽⁶¹⁾. Dall'applicazione della norma per realizzare la giustizia nel caso concreto, da lui interpretato nei limiti della sua discrezionalità, il giudice è passato nei fatti alla libera ricerca di una soluzione del caso, che gli procuri il consenso sociale più ampio! Ma il presupposto di una simile *mutazione*, è costituito, secondo noi, più che dai nuovi problemi posti dallo sviluppo tumultuoso della vita del traffico, dalla *riduzione* dei valori morali a qualcosa di puramente *sogettivo*, come se essi non potessero e non dovessero tradursi in valori culturali *da imporre*, quando necessario, perché lo richiedono la *recta ratio* ed il bene comune, che di per sé non si fondano sul consenso dei più. Al loro posto, il giudice può ora applicare degli *standards di comportamento*: "il giudice viene rinviato [dal legislatore, con la tecnica delle clausole

(60) La citazione nel testo è di Gadamer ed è riportata da MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 23. Far dipendere "l'universalità" della norma dalla sua applicazione al caso concreto, significa farla dipendere alla fine dall'opinione dell'interprete che decide di quell'applicazione, significa dissolvere il diritto nel *sogettivismo* degli interpreti. Come è stato notato, la "polisemia" che si vuol attribuire oggi alle norme differisce di poco da quella che si vuol riscontrare nell'opera letteraria, ignorando del tutto il senso e l'intenzione dell'autore. (Alla fine l'interprete diventa l'*autore*, il giudice diventa il *legislatore*). Da Kant in poi il pensiero occidentale non è più riuscito, in generale, a ristabilire un rapporto equilibrato con l'*Oggetto*, sedotto anche dallo spinozismo dei Fisici, che hanno ridotto arbitrariamente gli enti a mere variazioni di densità del *campo*, al cui interno non gode di esistenza indipendente ciò che non si può misurare, che il soggetto *misurante* non riesce a ridurre all'unità di misura, che non è indipendente dal punto di vista del soggetto stesso, del "sistema di riferimento" che lo condiziona.

(61) MENGONI, *op. cit.*, pp. 101-102; 120-126.

generalì] a standards sociali di valutazione o di comportamento, che deve tradurre e concretizzare in un criterio di valutazione adeguato alle peculiarità del caso. È una tendenza osservabile in tutti gli ordinamenti” (62).

Il “diritto vivente” può ben presentarsi come “standards sociali di comportamento” che vogliono esser riconosciuti e vogliono imporsi. Un legislatore e un giudice che non credano nella legge come *recta ratio* (la legge della tradizione classica), che detta la regola per il caso concreto, fondandosi su di una gerarchia di norme che dal legislatore risale alla Verità Rivelata, intendendola invece come semplice direttiva da adattarsi nel caso concreto agli standards sociali dominanti o emergenti, al fine di evitare conflitti, di mantenere l’ordinamento (un ordinamento “mite”) *sempre* grazie “alla tolleranza, all’inclinazione al compromesso, alla coesistenza dei valori” (63), non opporranno alcuna resistenza alla pretesa di riconoscimento da parte di questi standards, anche quando essi si presentassero all’insegna della *negazione* di valori fondamentali. Difatti, con simili criteri generali di giudizio, come potrebbe il giudice distinguere il giusto dall’ingiusto?

Si capisce, allora, come certe Alte Corti abbiano potuto accogliere le istanze illegittime del femminismo e dell’omosessualità organizzata, due tra i principali protagonisti della *Umwertung* che sta devastando l’Occidente. Ci riferiamo, per esempio, ai decreti delle Corti Supreme che, a partire da quella degli Stati Uniti, hanno imposto a molti eserciti occidentali di accettare fra le truppe combattenti, di prima linea, anche le donne che ne avessero fatto domanda, di accettarle senza discriminazione alcuna, *come se fossero uomini*. Qui il giudice ha mostrato di accogliere l’istanza del femminismo, la sua concezione dell’uguaglianza come *ugualitarismo* che non vuol tener conto delle differenze naturali tra i sessi e quindi della realtà. E lo ha fatto contro l’opinione costante di tutti gli Stati Maggiori, cioè contro l’opinione degli esperti, dei competenti. Nes-

(62) *Op. cit.*, p. 98.

(63) Sulle tendenze relativistiche oggi predominanti nella visione del diritto della scienza, cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 115 ss., che riporta con una impercettibile sfumatura critica la tesi emblematica del “diritto mite”, unico diritto conforme allo spirito del nostro tempo, dominato (in Occidente) dall’idea morbida del compromesso. Si tratta chiaramente di una “filosofia del diritto” tipica di un’epoca di decadenza.

sun comandante voleva le donne nelle caserme o al campo, a fare il soldato in promiscuità con i soldati; e ciò per ovvi motivi, che investono la morale, il morale delle truppe, la disciplina, l'efficacia dell'addestramento. Del pari, i giudici della Corte Suprema americana, vietando ogni discriminazione a causa dell'"orientamento sessuale" personale, hanno impedito di fatto ai comandi militari del loro paese di esercitare la sana e tradizionale pratica di espellere dalla forza, rimandandolo tacitamente a casa, il soggetto che avesse mostrato certe inclinazioni. In questo campo, che è importantissimo, perché l'istanza che vuole qui imporsi come "diritto vivente" non è innocua, non coinvolge diritti d'uso o contratti agrari o locazioni, ma concerne la *sopravvivenza stessa* di istituzioni fondamentali, in particolare della famiglia, pilastro di ogni società bene ordinata ed accetta a Dio; in questo campo, il "legislatore" non si è mostrato meno improvvido del giudice, se è vero che statisti e legislatori occidentali hanno assunto posizioni politicamente e giuridicamente "aperte" verso i supposti "diritti" degli omosessuali, compreso quello di "sposarsi", al punto che in paesi come la Francia, madre e madrina di tutte le nefandezze "ottantanovarde", esiste da qualche anno un p.a.c.s. o "patto civile di solidarietà", una sorta di surrogato del matrimonio civile, stipulabile anche tra persone dello stesso sesso.

Bülow ci rammenta più volte le incapacità e i limiti del legislatore del suo tempo (e viveva nella Germania guglielmina, un paese, comunque lo si voglia giudicare, serio, quadrato, ben governato, retto da buone leggi) al quale contrappone il *ritratto ideale* del giudice. Il ritratto è ideale ma le virtù sono *reali*, nel senso che il giudice dovrebbe effettivamente possederle. Non si tratta di retorica. E non solo il giudice: in una certa misura, *anche il legislatore*. Perché al "popolo", oggi come non mai, occorrono anche buoni legislatori, provvisti, come i buoni giudici, della "scienza" e dei "principi morali". Ma dov'è oggi "l'educazione etica del carattere", chi è in grado di impartirla? (64) E che dire di una scienza che

(64) Sul prevalere delle tendenze volontaristiche nel modo di intendere la figura del giudice, elevato a "ingegnere sociale" o "Richter-Koenig", cfr. A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 18-22; LOMBARDI, *op. cit.*, p. 239.

sembra aver alzato la bandiera del “diritto mite”, cioè della resa a discrezione di fronte all’avanzata incontrollata di tutte le pretese, consegnandosi al “diritto vivente” in nome della tolleranza e di una pace sociale basata sempre sul compromesso. Ma il diritto non deve essere *mite*, deve essere *giusto*. La mitezza è collocata da Aristotele al posto che le spetta, nell’applicazione del giudizio di equità ⁽⁶⁵⁾. Essa non può costituire la nota dominante del diritto, dal momento che sia la legge che l’ufficio del giudice esistono per attuare la giustizia.

PAOLO PASQUALUCCI

⁽⁶⁵⁾ *Rbet.*, 1374a, tr. it., pp. 68.

FLORIANA COLAO

L'“IDEA DI NAZIONE” NEI GIURISTI ITALIANI TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

1. Pensare giuridicamente la nazione. — 2. Il principio di nazionalità. — 3. La nazione “ordinata e organata a Stato”. — 4. L’“equivalenza” di Stato, popolo, nazione e il “diritto nazionale”. — 5. Stato e nazione nel corporativismo fascista. — 6. Stato-persona e nazione fascista. — 7. La “rilevanza giuridica” della nazione.

1. *Pensare giuridicamente la nazione.*

Lo sforzo ricostruttivo di un termine-concetto, quello di nazione, e di nazionalità, che tra Ottocento e Novecento ha impegnato intensamente il pensiero giuridico italiano, sembra aver offerto base e giustificazione ad un’immagine che serviva da un lato a dare forma e sostanza allo Stato risorgimentale, allo Stato di diritto liberale, allo Stato corporativo, dall’altro a rimandare anche l’immagine storiografica di quei modelli; così come le idee di nazione maturate prima e durante la Rivoluzione francese o nella temperie del Romanticismo tedesco avevano fondato la legittimità di quegli Stati in virtù del richiamo alla sovranità nazionale ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Come è noto nelle sue lezioni di storia del 1943-1944 all’Università di Milano ha dedicato pagine illuminanti all’“idea di nazione”, distinguendone i diversi contenuti etici, civili e politici, F. CHABOD, *L’idea di nazione*, Bari 1974, 4^a ed. Per un’attenzione al profilo giuridico della definizione di *Nation*, con particolare riferimento all’articolo terzo della Dichiarazione dei diritti del 1789, cfr. E. FEHERENBACH, voce *Nation* in R. REICHARDT-E. SCHMITT, (a cura di) *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich, 1860-1920*, München, Oldebourg Verlag, 1986, pp. 1-107. Sull’“ordine dei diritti e il primato della nazione” nella Francia rivoluzionaria cfr. ora P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L’età delle Rivoluzioni*, Bari Roma 2000, pp. 20 ss. Su “Stato e nazione”, che nel secondo Ottocento “continuano a costellare la maggior parte dei discorsi della cittadinanza” cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari 2001, p. 551; altre indicazioni bibliografiche sulla

Anche tra i giuristi italiani dell'Ottocento il principio di nazionalità si presentava con caratteristiche peculiari sia rispetto alla riflessione degli illuministi della stagione tardo settecentesca ⁽²⁾, che alle teorie sorte in quelle “nazioni pre-unitarie” ⁽³⁾ cui già si riferiva

nazione, *ibid.*, p. 636. Sulla storia della realtà politica legata all'unità dello Stato-nazione, con le opportune differenze da tenere ben presenti a seconda dei diversi Stati nazionali, cfr. almeno, di recente, la distinzione tra “Nazioni-Stato” e “nazioni culturali” di H. SCHULZE, *Aquile e leoni. Stato e nazione in Europa*, Bari-Roma 1995, pp. 134 ss.; la sintesi di R. BRUBACKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e in Germania*, Bologna 1997; una “essenziale” rassegna della storiografia politico-sociale, con particolare attenzione alle dottrine politiche, ove non mancano spunti di riflessione teorica sulla nazione, “parola”, “concetto”, “cosa”, di F. TUCCARI, *La nazione*, Roma-Bari 2000. Cfr. inoltre il più generale *La formazione degli Stati nazionali nell'Europa occidentale*, a cura di C. TILLY, Bologna 1984, in particolare il saggio di S. ROKKAN, *Formazione degli Stati e differenze in Europa*, *ibid.*, pp. 397-433; AA.VV., *Morte e riscoperta dello Stato-nazione*, a cura di C. JEAN, Milano 1991. Una riconsiderazione delle teorie politiche di nazione, a partire dal saggio di H. KOHN, *L'idea del nazionalismo nel suo sviluppo storico*, Firenze 1966, in M. COSSUTTA, *Stato e nazione. Un'interpretazione giuridico-politica*, Milano 1999, pp. 15 ss.; altre fonti in *Il nazionalismo in Europa*, a cura di S. J. STUART WOOLF, Milano 1994.

(2) Negli illuministi peninsulari, dal Carli, al Verri, al Napione, erano frequenti i riferimenti alla comune nazione italiana, di contro al pensiero di un Tommaso Natale, e di altri giuristi e politici siciliani, che teorizzavano l'autonomia della “nazione siciliana”; sul punto cfr. ancora C. CURCIO, *Nazione, Europa, Umanità*, Milano 1960, pp. 39 ss. A proposito del tema del pensiero politico e giuridico in Sicilia prima dell'Unità, sottolinea che “assai spesso negli illuministi siciliani la parola ‘nazione’ stava per quella di ‘stato’”, mentre con lo storico Rosario Gregorio si faceva strada “una maniera nuova di intendere la nazione quale organismo politico contrapposto allo stato e a sua volta creatore di diritto pubblico attraverso la ragione e la consuetudine”, fino a “definire una singolare situazione storica e politica in cui la ‘nazione’ era concepita come contrapposta allo ‘stato’, con propri organi e proprie prerogative e poiché l'unica classe politicamente rilevante era il baronaggio, la ‘nazione’ si identificava con esso e con i suoi privilegi... trovava le fonti nel pensiero di Montesquieu, di Hume e di Burke...”, E. SCIACCA, *Riflessi del Costituzionalismo europeo in Sicilia (1812-1815)*, Catania 1966, pp. 73 ss. Più di recente sul costituzionalismo in Sicilia, e sul posto che vi occupa il concetto di nazione cfr. E. PELLERITI, *La Sicilia tra due Costituzioni (1812-1848)*, Messina 1999.

(3) Così, in riferimento soprattutto alla “Nazione napoletana” e alla “Nazione siciliana”, A. Musi, *Il Sud nello Stato unitario*, in *La chioma della vittoria. Scritti sull'identità degli italiani dall'Unità alla Seconda Repubblica*, a cura di S. BERTELLI, Firenze 1997, pp. 86 ss. Sull'idea di nazione tra il 1796 e il 1861, “come la concepirono i protagonisti del movimento risorgimentale”, con attenzione alla “letteratura patriottica” degli intellettuali romantici e all'impatto di queste strategie discorsive sui protagonisti della lotta risorgimentale, cfr. ora A. M. BANTI, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Torino 2000. Sul legame patria-

Benedetto Croce (4). In particolare soprattutto i giuristi meridionali collegavano la questione della nazionalità al tema dell'impronta liberale da offrire alle istituzioni statuali, pur con prospettive che già a partire dagli anni quaranta dell'Ottocento divenivano radicalmente divergenti (5).

Con l'Unità l'idea di una necessaria rispondenza tra nazione e Stato, funzionale ad offrire a quest'ultimo un fondamento di legittimità, si affermava in virtù di un concetto, la nazione, posta al di sopra di interessi e ideologie particolaristiche, e come tale in grado di legare il popolo al "suo" Stato. L'insistenza sulla natura olistica, compatta, organica della nazione doveva servire, almeno tendenzialmente, a vincere divisioni e scontri politici, economici, sociali e territoriali che caratterizzavano la giovane Italia liberale (6). "L'eredità risorgimentale è consegnata ad un'idea di nazione che sembra bastare a sé stessa" (7); nel momento in cui i giuristi iniziavano a problematizzare il nesso tra nazione e Stato, era il primo termine-concetto ad essere indicato come base e fonte di legittimazione del secondo, che poteva esser così indicato come Stato-nazionale.

La costruzione della nazione da parte dei giuristi condizionava innanzitutto la scelta di quello che Silvio Trentin, riflettendo poco prima della Liberazione proprio su "Stato, Nazione, federalismo", avrebbe definito lo "Stato monocentrico" (8); da questo decisivo

nazione cfr. M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriottismo e nazionalismo nella storia*, Roma-Bari 1996. Ma sulla carente legittimazione dal basso delle istituzioni rappresentative di una nazione inizialmente creata da un'operazione politico-militare cfr. R. MARTUCCI, *L'invenzione dell'Italia unita. 1855-1864*, Milano 1999.

(4) B. CROCE, *Il Regno di Napoli*, Milano 1992.

(5) E. DI CIOMMO, *La nazione possibile. Mezzogiorno e questione nazionale nel 1848*, Milano 1993.

(6) Sul tema delle tante divisioni nell'Italia liberale cfr. di recente G. PÉCUOT, *Il lungo Risorgimento. La nascita dell'Italia contemporanea (1770-1922)*, Milano 1999.

(7) P. COSTA, *Civitas cit.*, 3, *La civiltà liberale cit.*, p. 211.

(8) S. TRENTIN, *Stato, nazione, federalismo*, Milano 1945, p. 111. Sulla riflessione del Trentin a proposito dell'"invenzione della nazione" da parte della monarchia sabauda, fino all'involutione nazionalista e alla tragedia della guerra nazi-fascista, cfr. E. GENTILE, *La Grande Italia. Ascesa e declino del mito della nazione nel ventesimo secolo*, Milano 1997, pp. 262 ss. Sul Trentin, oltre ai curatori degli scritti, tra cui N. BOBBIO, a S. TRENTIN, *Federalismo e libertà. Scritti teorici, 1935-1943*, Venezia 1987, ed A. PIZZORUSSO a S. TRENTIN, *Dallo Statuto albertino al regime fascista*, Venezia 1983, cfr. F.

modello, preferito all'opzione federalistica, parevano derivare la formazione e il consolidamento delle istituzioni liberali, destinati a risolversi in una sorta di "nazionalizzazione del diritto pubblico" connotata dall'accentramento, il controllo dell'amministrazione-esecuzione da parte delle istituzioni rappresentative grazie all'unificazione amministrativa e legislativa ⁽⁹⁾, la codificazione unitaria ⁽¹⁰⁾, l'adozione di un modello (tendenzialmente) uniforme per scuola e università ⁽¹¹⁾.

Al posto di ideologie troppo radicali, proprio il principio di nazionalità pareva funzionale a costruire un delicato equilibrio fra legittimità monarchica e governo rappresentativo: il liberalismo italiano era portato infatti a ricercare la legittimazione del potere statale nella dimensione giuridica del diritto positivo, lasciando fuori ipotesi contrattualistiche, "costituenti" ⁽¹²⁾; e un concetto di

BENVENUTI, *Silvio Trentin giurista*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1976, pp. 1732-1744. Sul "giurista militante antifascista" cfr. M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, ora in ID., *La scienza del diritto pubblico in Italia. Dottrine dello Stato e dottrine della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, II, p. 662. Sul Trentin cfr. ora P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari 2001, pp. 424 ss.

⁽⁹⁾ Sul punto cfr. S. SEPE, *Amministrazione e "nazionalizzazione". Il ruolo della burocrazia statale nella costruzione dello Stato unitario (1861-1900)*, in *Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e Germania*, a cura di M. MERIGGI e P. SCHIERA, Bologna 1993, pp. 307-341.

⁽¹⁰⁾ Per una sintesi che fin dal titolo tematizza il processo di codificazione come nazionale cfr. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica*, Roma-Bari 1979.

⁽¹¹⁾ Ma sulla costruzione di un'università nazionale che deve fare i conti con la forza di resistenza degli atenei locali e dei loro rappresentanti istituzionali cfr. M. MORETTI-I. PORCIANI, *Il sistema universitario tra nazione e città: un campo di tensione*, in *Dalla città alla nazione* cit., pp. 289-306. Sul punto sia consentito di rinviare anche a F. COLAO, *La libertà d'insegnamento e l'autonomia nell'Università liberale. Norme e progetti per l'istruzione superiore in Italia (1848-1923)*, Milano 1995. Di recente, sul nesso tra processo di *Nation building* e sistema universitario italiano cfr. *Università e scienza nazionale*, a cura di I. PORCIANI, Napoli 2001.

⁽¹²⁾ Sulla politicità del "potere costituente" nella storia italiana cfr. P. POMBENI, *Potere costituente e riforme costituzionali. Note storiche sul caso italiano 1848-1948*, in *Potere costituente e riforme costituzionali*, a cura di P. POMBENI, Bologna 1992, pp. 81 ss.; M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano in particolare, ibid.*, pp. 55 ss.; a proposito dell'assenza, in dottrina, di un riferimento ad un momento costituzionale fondante lo Stato italiano, parla di "Unità senza costituente" M. FIORA-

nazione tutto giuridico perché svincolato dal “politico” — visto come eredità rivoluzionaria dell’individualismo e luogo della frantumazione particolaristica — pareva poter assolvere al compito storico della fondazione di uno Stato nazionale destinato a trovare il suo centro vitale nella costituzione oligarchica (13).

Ai giuristi si prospettava pertanto il compito di ritagliare per la nazione uno spazio all’interno del loro specifico campo disciplinare, di disegnarne un’essenza giuridica distinta dalle connotazioni essenzialmente politiche, storiche, naturali che la nazione avevano accompagnato (14); e all’interno di questo spazio, di fronte all’unificazione politica (15), la dottrina italiana doveva soprattutto sistematizzare il problematico rapporto della nazione con lo Stato, il concetto ben presto destinato ad occupare il centro del lavoro della giuspubblicistica.

Su questo terreno vedremo che pur nel mutare dei contesti politici e istituzionali, dei quadri di riferimento culturali, e nelle più svariate opzioni ideologiche delle diverse presenze scientifiche, una prospettiva statocentrica, pressoché condivisa, quasi sempre imporrà ai giuristi di affrontare la nevralgica questione del rapporto tra nazione e Stato nel senso di “pensare giuridicamente” la nazione solo nel momento in cui è diventata Stato. In altri termini, con le significative eccezioni prospettate tra la fine degli anni trenta e i primi anni quaranta del Novecento — l’articolata riflessione di Carlo Esposito ed una *Prolusione* di Costantino Mortati — l’idea di nazione radicatasi nel pensiero giuridico tra Otto e Novecento ci è parsa come un concetto di rilevanza politica ma non giuridica se pensata fuori dell’orizzonte dello Stato; un’idea lontana dalla dot-

VANTI, *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in *Storia dello Stato italiano dall’Unità ad oggi*, a cura di R. ROMANELLI, Roma 1995, pp. 408 ss.

(13) Come è noto ha individuato un modello di “Costituzione oligarchica” M. S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione civile*, in *Amministrazione civile*, 47-51, *Cento anni di amministrazione pubblica*, p. 146.

(14) Sull’idea di nazione nella cultura politica del primo Ottocento cfr. anche E. PASSERIN D’ENTRÈVES, *L’idea e i moti delle nazionalità*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, V, Torino 1972, pp. 321 ss.

(15) Sullo “Stato realizzato che precede in Italia lo Stato immaginato”, e che “costringe la cultura giuridica a fare i conti con una realtà istituzionale nuova e relativamente impensata che occorre rapidamente definire, sistemare, legittimare” cfr. P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, p. 211.

trina che peraltro solo nella Costituzione repubblicana ha potuto leggere, ad esempio, la “preesistenza della realtà nazionale allo Stato... la piena equivalenza della nazione al popolo organizzato politicamente... la coincidenza della nazione con lo Stato-comunità” (16).

Tra i due secoli invece la scienza giuridica ha parlato forse troppo di Stato e poco di nazione, modellando un’immagine di Stato nazionale in cui rimaneva in ombra proprio la nazione base e legittimazione dello Stato. Si realizzava un’inversione: la nazione che doveva essere, almeno sul piano teorico, il fondamento dello Stato, ne diveniva invece una sorta di termine derivato; dietro il polo statale venivano eclissati la nazione, i suoi diritti, il suo spazio e ruolo nelle istituzioni statuali. In altri termini, se nel corso del Risorgimento l’idea di Stato nazionale era stata elaborata in funzione della nazione, a partire dagli anni settanta dell’Ottocento la nazione era raffigurata in funzione dello Stato: lo Stato nazionale coincideva con il decisivo paradigma dello “Stato-persona” (17), espressione organica della nazione (18). Si avviava così il processo di neutraliz-

(16) G. F. FERRARI, *Nazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma 1990, pp. 4-5. Sul significato del termine nazione nella Costituzione italiana cfr. innanzitutto C. MORTATI, *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, art. 1 e art. 67; V. CRISAFULLI-D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, particolarmente pp. 805 ss. Sull’“uso polivalente” del termine da parte del costituente, che identifica la nazione ora con lo Stato-comunità, ora con lo Stato-apparato o suoi istituti, ad esempio la cittadinanza, ora sembra intenderla quale sinonimo di popolo, cfr. inoltre la dottrina recente citata in M. COSSUTTA, *Stato e nazione cit.*, pp. 94-95, 118.

(17) Su questo “classico capo delle tempeste” P. COSTA, *Civitas cit.*, 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia cit.*, p. 327; sullo Stato-persona e sui “diritti riflessi”, a partire dalla costruzione del Gerber cfr. ora ID., *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 149 ss. Su questo denso concetto, centrale nella giuspubblicistica cfr. inoltre M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, ora in ID., *La scienza del diritto pubblico cit.*, II, pp. 656 ss.; i saggi pubblicati sui “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XI-XII, 1982-83, *Itinerari moderni della persona giuridica*; A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato-persona e organo amministrativo. Profilo storico-dogmatico*, Milano 1984.

(18) Sul passaggio dalla “nazione allo Stato” P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 211 ss.; dal “nazionalitarismo” al “nazionalismo” cfr. G. TARELLO-G. REBUFFA, *La pubblicistica tra autorità dello Stato e Stato autoritario*, in *Alfredo Oriani e la cultura del suo tempo*, a cura di B. DIRANI, Ravenna 1985, p. 36.

zazione della politicità della nazione: il contributo offerto anche dal pensiero giuridico liberale alla “nazionalizzazione della politica” (19) pareva avvenire a scapito della costruzione politica della nazione.

Pensare la nazione “giuridicamente” sembrava infatti imporre alla dottrina il rifiuto di farsi carico della valorizzazione del nesso tra i soggetti e lo Stato, pena la perdita di senso del lavoro scientifico del giurista; le “contaminazioni” politiche, che si ritenevano implicite nel guardare oltre la soglia della statualità, avrebbero portato alla delegittimazione dello specifico sapere disciplinare giuridico. Se si è costruito lo Stato, luogo dell’autorità, e non la nazione, luogo dell’organizzazione politica dello “Stato-comunità”, si può leggere in questa prospettiva la mancata “nascita di una nazione”, quella italiana, e al suo posto il faticoso decollo di uno Stato nazionale i cui limiti di scarsa inclusività e problematico radicamento nella società apparivano ben presto evidenti (20), e che connotavano quel tipo

(19) Sul legame tra il problema della nazionalizzazione della politica nell’Italia liberale e la questione della politicizzazione della nazione nel pensiero politico dell’Italia post-unitaria insiste F. CAMMARANO, *Nazionalizzazione della politica e politicizzazione della nazione. I dilemmi della classe dirigente nell’Italia liberale*, in *Dalla città alla nazione* cit., pp. 139-163.

(20) Sull’“autocoscienza dell’anomalia italiana”, già presente nell’analisi che gli intellettuali dedicano al tema dell’identità nazionale italiana a partire dal primo Ottocento e oltre, cfr. A. MUSI, *Le Nazioni* cit., p. 66. Sono molti, e di diverso spessore, gli spunti di riflessione storiografica sul tema della nazione: per una chiave di lettura della storia nazionale in termini di “appuntamenti mancati” dagli “Italiani” per costruire una “vera nazione”, a partire dal Rinascimento — per l’incapacità di “costruire, allora, una forma politica all’altezza della civiltà che avevano saputo elaborare” — alla “nazione senza Stato” dell’Ottocento, alla “fine del tentativo di diventare una nazione”, culminato l’8 Settembre del 1943, un tentativo, “treno perduto”, peraltro non riproponibile per l’oggi, cfr. A. SCHIAVONE, *Italiani senza Italia. Storia e identità*, Torino 1998, pp. 82, 96, 106, 135. Sul “problema della crisi della nazione e dello Stato”, che trovava un drammatico epilogo nel 1943, ma che affondava le sue origini nell’“intima gracilità dell’organismo e tempra nazionali”, cui non avrebbe potuto fornire una risposta neppure la Resistenza, quando l’idea di nazione si sarebbe oltretutto “partitizzata”, per eclissarsi dall’orizzonte di un comune sentire, “con un rilievo tutto negativo della sua assenza per la nostra convivenza”, cfr. E. GALLI DELLA LOGGIA, *La morte della patria*, Roma-Bari 1998, pp. 6, 138, ove pare però discutibile l’interpretazione riduttiva del ruolo della Costituzione repubblicana. Sottolinea un “errore di prospettiva” nell’identificare “la crisi di un progetto di nazione” con la “morte della nazione”, e riconsidera l’interesse della storiografia italiana per l’idea di nazione, affacciata negli ultimi anni in termini di “crisi”, dopo che nel dopoguerra il tema era stato accantonato, a differenza di altri paesi,

particolare di modello “anomalo”, tra “troppo Stato” e “poco Stato” (21), in grado di spiegare gli esordi, la crisi, gli esiti autoritari del “caso” italiano nel Novecento.

Al di là di certi tratti evocativi che segnavano il pur tecnico, analitico, rigoroso discorso giuridico — fin quasi a trasferire anche in questo specialismo quel “mito” (22) ricorrente nelle strategie argomentative della politica post-unitaria — il “Nation-building” non pareva un “requisito indispensabile dello State-building” (23): tra Stato e nazione si costruiva un rapporto biunivoco, in cui all’enfasi retorica sulla statualità e sul momento autoritativo del potere corrispondeva un’immagine sfocata dell’origine e condizione di legittimità dell’impianto statale (24). In altri termini, i giuristi si impegnavano in una rappresentazione in cui restava in ombra quel

P. SCOPPOLA, *Educazione alla cittadinanza e costruzione dell’identità nazionale*, in *Le idee costituzionali della Resistenza*, a cura di R. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA, Roma 1997, pp. 70, 56 ss. Per una convincente categoria interpretativa del caso italiano, la dicotomia paese legale-paese reale, cfr. tra gli altri G. GALASSO, “Paese legale” e “paese reale” nell’Italia moderna, in *Dalla “libertà d’Italia” alle “preponderanze straniere”*, Napoli 1997, pp. 430 ss.

(21) G. GALASSO, *Lo Stato e la Nazione: alcune premesse per un esame del caso italiano*, in *La chioma della vittoria* cit., p. 28.

(22) E. GENTILE, *La Grande Italia* cit., particolarmente pp. 29 ss.

(23) Così, in relazione all’operato dei “pubblici poteri” nell’Italia post-unitaria, S. LANARO, *Il problema storico dell’identità nazionale italiana*, in *Nazioni e nazionalismi*, Trieste 1999, p. 100. Per la distinzione tra “process of nation-building” e “state formation”, laddove il primo concetto è preceduto dal secondo, cfr. inoltre *State formation, nation building and mass politics in Europe. The theory of Stein Rokkan*, edited by P. Flora, Oxford University Press, 1999, pp. 64 ss. Una recente riconsiderazione dei processi di State-building e di Nation-building in P. P. PORTINARO, *Stato*, Bologna 1999, pp. 123 ss.; per un’attenzione particolare all’“anomalia italiana”, e al peso che lo squilibrio tra State-building e Nation-building ha esercitato nella storia italiana, cfr. A. MUSI, *Le “nazioni” prima della nazione*, in “Scienza e politica. Per una storia delle dottrine”, 1999, pp. 49 ss.

(24) A chiarire questo punto può essere suggestiva la ricerca sulle scelte simboliche cui all’indomani dell’Unità si ricorse per connotare nell’iconografia l’identità nazionale italiana, per dare vita a quel che Hobsbawm ha definito “l’invenzione della tradizione”; cfr. E. J. HOBSBAWN, *L’invenzione della tradizione*, Torino 1994. Sulla debolezza della rappresentazione iconografica della nazione italiana, legata alla fragilità dell’impianto statale unitario cfr. I. PORCIANI, *Stato e nazione: l’immagine debole dell’Italia*, in *Fare gli Italiani. Scuola e cultura nell’Italia contemporanea*, a cura di S. SOLDANI E G. TURI, I: *La nascita dello Stato nazionale*, Bologna 1993, pp. 395-428.

che Habermas ha definito “la nazione dei cittadini fonte della legittimazione democratica” (25).

Anche se l'immagine storiografica di una giuspubblicistica incasellabile in indirizzi non comunicanti sul piano del metodo non rende la complessità della scienza del diritto pubblico tra Ottocento e Novecento (26), pure proprio la chiave di lettura della condivisione del modello forte dello “Stato giuridico” (27) ci sembra consentire una tra le possibili ricostruzioni dell'articolarsi di prospettive diverse sul rapporto Stato e nazione, a partire dal tema della nascita dello Stato unitario, della sovranità, della rappresentanza nazionale. Questo il motivo di un'analisi che ha ripercorso l'idea di nazione lungo gli itinerari consueti delle “scuole”, da quella “italiana nel diritto internazionale privato”; alle presenze culturali di una giuspubblicistica eclettica, che ci è parsa ben rappresentata soprattutto da Attilio Brunialti — con il rifiuto della formula a suo dire orlandiana dello “Stato personificazione della Nazione” e la prospettazione di una “volontà nazionale” ottimisticamente immessa nello Stato senza

(25) J. HABERMAS, *Lo Stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano 1998, p. 128. Il filosofo tedesco distingue “due facce” della nazione: quella in cui i cittadini “prendono l'iniziativa di costituire un'associazione politica di liberi e uguali”, e quella “degli appartenenti etnici che provvede all'integrazione sociale”; “questa tensione tra l'universalismo di una egualitaria comunità giuridica e il particolarismo di una comunità storica di destino è costitutiva del concetto di stato-nazione”, anche se l'“idea di nazione servì assai meno a rafforzare il lealismo costituzionale della cittadinanza di quanto non servì a mobilitare le masse per finalità incompatibili con i principi repubblicani”; *ibid.*, p. 130. Sul “volto di Giano” della nazione, che dalla prospettiva storica si proietta nell'oggi, e non solo nella Germania della riunificazione, cfr. ancora ID., *Inclusione: coinvolgere o assimilare? Sul rapporto di nazione, stato di diritto e democrazia*, *ibid.*, p. 143.

(26) Una puntuale riconsiderazione su questa tendenza della storiografia giuridica a problematizzare le diverse presenze scientifiche con un'attenzione precipua al metodo, con un riferimento alla scienza penalistica, ma che ci sembra poter essere esteso alla scienza del diritto nel suo complesso, in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano, (1860-1990), Storia d'Italia, Annali 14. Legge, Diritto, Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE in collaborazione con L. MINERVINI, Torino 1998, pp. 498 ss. Una recente penetrante analisi della scienza giuridica italiana, colta dalla “linea direttrice” del “problema del rapporto tra Stato e diritto”, col ripercorrere dunque “saldezze e incrinature dell'assolutismo giuridico”, in P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000.

(27) Su cui da ultimo le lucide considerazioni di M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico* cit., I, pp. VIII ss.

conflitti sociali e politici — e dal dualismo debole di un Luigi Palma o di un Vincenzo Miceli.

Pur col partire da premesse teoriche metodologicamente diverse da quelle di Orlando, tutti questi giuristi sono parsi accomunati dal pensare la nazione entro la rassicurante soglia della statualità, fino ad aderire allo schema decisivo del maestro siciliano: la messa a fuoco della “equivalenza”, sul piano giuridico, di Stato e nazione; questa ci è parsa l’idea vincente, perché ben presto destinata a imporsi come approccio ineludibile al tema.

Proprio l’accettazione o il rifiuto del modello di Stato giuridico, costruito da Orlando e radicatosi nella scuola giuridica nazionale, è sembrato il discrimine delle diverse immagini di nazione che durante il fascismo hanno prodotto i giuristi, innanzitutto occultando il nesso nazione-libertà legato alla stagione risorgimentale e ancorando la nazione alla “forza” dello Stato. La cultura giuridica ben più che nell’età liberale si impegnava dunque nella valorizzazione del concetto di nazione, fin quasi a sembrare di voler talvolta soppiantare quello di Stato, il tradizionale nucleo vitale della costruzione della giuspubblicistica della precedente stagione. Nello sforzo definitorio di un concetto fino ad allora parso impendibile dal punto di vista del diritto, in una complicata ricerca oltre l’orizzonte statuale, i giuristi degli anni trenta e quaranta sono sembrati lontani dalle immagini riduttive e ingenerose della “parentesi” o dell’“impassibilità” o dell’“adattamento” o dell’incultura (28). Il pensiero giuridico

(28) Per la tendenza a negare alla giuspubblicistica del ventennio la valenza di una cultura fascistizzata, collocando prima dell’ottobre del 1922 la formazione dei tre “grandi intellettuali del fascismo”, Gentile, Alfredo Rocco e Volpe, col risultato di escludere una “dottrina”, anche giuridica, espressione culturale del regime, cfr. N. BOBBIO, *La cultura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino 1973, pp. 211-246; analogamente su Rocco, peraltro definito giurista di valore, Id., *Profilo ideologico del Novecento italiano*, Torino 1986, pp. 138 ss. Sul “diritto settore nel quale meno che in un qualunque altro il fascismo può essere considerato una parentesi”, pare comunque condividere il giudizio di Bobbio sull’assenza di una “cultura fascista”, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, p. 39. Sulla “speculazione non banale, una ricerca di fondazioni che poco hanno da spartire con servilismo e opportunismo”, maturata nei tardi anni venti e negli anni trenta, per cui “non ci sentiamo di far nostro il giudizio spicciativamente negativo che su quella pubblicistica ha dato Norberto Bobbio... un giudizio inquinato dal veleno di molti umori e pertanto non obiettivo: assume come speculari gli esercizi basso retorici di tanti servitori del padrone,

ci è apparso anzi ricco, complesso, aperto a prospettazioni inedite — ove il concetto di nazione diveniva strumento di integrazione nello Stato di ceti che l'età liberale non aveva considerato ⁽²⁹⁾ — seppure diviso tra chi ancora guardava al paradigma dello Stato-persona, e negava alla nazione la natura di concetto giuridico, e chi invece voleva realizzare un'integrazione totalitaria Stato-nazione in grado di superare il dualismo dell'età liberale, e presupporre un costante consenso che annullava ogni dialettica individuo-autorità.

trascurando i tanti contributi di una scienza giuridica proiettata al di là delle contingenze e impegnata a costruire un edificio tecnico duraturo” — affermazione questa collocata in una profonda e attenta analisi della giuristica del ventennio — cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., p. 184. Sul problema “cultura” e “fascismo” cfr. da ultimo le penetranti considerazioni di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 28, 1999, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, I, in particolare pp. 175-190. Recentemente si è voluto riconoscere il rilievo della giuspubblicistica durante il regime, mettendo in luce il mutare, rispetto al metodo orlandiano, del quadro concettuale di una “nuova generazione di giuspubblicisti italiani che si sarebbero poi misurati nel dibattito sull'elaborazione della Costituzione repubblicana, e in non pochi casi ne avrebbero gestito in posti di rilievo i modi di applicazione”; per questo approccio, che sembra alludere ad una continuità di motivi tra giuristi che scrivono negli anni trenta e poi dopo la Costituzione, cfr. L. MANGONI, *Cultura giuridica e fascismo*, in AA.VV., *Cultura e società negli anni del fascismo*, Milano 1987, pp. 432 ss.; la stessa autrice dedica attenzione al rapporto tra cultura giuridica e fascismo in EAD., *Giuristi e politica. Il diritto come supplezza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari-Roma 1990, pp. 325 ss. La puntuale attenzione per la giuspubblicistica durante il fascismo da parte di storici del diritto come Cianferotti, Costa, Fioravanti, ma anche di costituzionalisti come Galizia e Lanchester, consente di poter ridimensionare un atteggiamento teso a negare spessore culturale a questo specialismo scientifico operante a vari livelli negli anni del regime; questa recente riflessione storiografica sarà spesso richiamata nelle pagine che seguono. Ma sulla scienza giuridica in generale, maturata nel ventennio e colta nella peculiare prospettiva del contributo teorico e costruttivo a vario titolo offerto anche nella fase successiva al fascismo cfr. ora i numerosi saggi in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” 28, 1999, *Continuità e trasformazione* cit.

⁽²⁹⁾ Su una sorta di legittimazione “democratica” dei fascismi, che si vollero eredi del nazionalismo nell’“integrazione politica” di ceti fino ad allora privi di rappresentanza, ma che eredi non furono, per aver introdotto il “partito unico” estraneo al “sentire costituzionale” del nazionalismo, cfr. le penetranti considerazioni di P. POMBENI, “Nazione”, “costituzione” (materiale), *partiti nell'Europa del primo Novecento*, in *Alfredo Oriani* cit., p. 188.

Ma anche nel momento in cui il partito nazionale fascista, pensato non in contrapposizione allo Stato ma come “Stato virtuale”, era problematizzato come un elemento che veniva a complicare il rapporto tradizionale tra Stato e nazione — per essere indicato da taluni giuristi come il centro vitale dello Stato fascista, “nuovo” perché chiamato ad integrarvi quelle “masse” che l’impianto individualista del modello liberale aveva escluso, e per essere invece minimizzato dai “giuristi della tradizione” ⁽³⁰⁾ — ancora il paradigma dello Stato-persona consentiva ad una cospicua giuspubblicistica, soprattutto ad Esposito, di escludere la natura giuridica del partito unico come rappresentante della nazione. E allora ribadire la natura nazionale dello Stato italiano, rappresentante “istituzionale” della nazione, finiva per garantire la difesa del carattere giuridico dell’ordinamento.

In questo senso soprattutto la riflessione sul tema nevralgico

⁽³⁰⁾ Sul “partito milizia” che si sovrappone alla nazione cfr. E. GENTILE, *La nazione del fascismo alle origini del declino dello Stato nazionale*, in *Nazione e nazionalità in Italia. Dall'alba del secolo ai giorni nostri*, a cura di G. SPADOLINI, Roma-Bari 1994, p. 119. Sui percorsi novecenteschi “dallo Stato al partito” e “dal partito allo Stato”, in particolare sul versante italiano di questo processo P. COSTA, *Civitas* cit., 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, rispettivamente pp. 151 ss., pp. 216 ss. Sul ruolo del partito nella giuspubblicistica del fascismo cfr. le voci dei protagonisti di un ampio dibattito in AA.VV., *Il partito fascista nella dottrina e nella realtà politica*, Roma 1931; sul partito nel regime fascista, e sulle sue trasformazioni rispetto alla concezione liberale cfr. inoltre, tra i più recenti, P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna 1974; ID., *Introduzione alla storia dei partiti politici*, Bologna 1995; *Il partito politico nella Belle Époque. Il dibattito sulla forma-partito in Italia tra '800 e '900*, a cura di G. QUAGLIARELLO, Milano 1990; *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo*, a cura di F. GRASSI ORSINI e G. QUAGLIARELLO, Bologna 1996; M. FIORAVANTI, *Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni trenta e quaranta*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza* cit., pp. 193-205; P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”: un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 18, 1999, *Continuità e trasformazione* cit., I, pp. 112-129; E. GENTILE, *Fascismo e antifascismo. I partiti italiani tra le due guerre*, Firenze 2000. Sullo Stato fascista come “stato-partito”, cfr. ora M. PALLA, *Lo Stato-partito*, in *Lo Stato fascista*, a cura di M. PALLA, Firenze 2001. Sullo sforzo dei giuristi militanti teso a dimostrare che grazie al partito lo Stato fascista non rappresentava solo il vecchio della restaurazione dell’autorità ma anche il nuovo dell’integrazione delle masse, di contro ai “giuristi della tradizione”, tesi a negare centralità ad un concetto che sentivano come estraneo al loro specialismo cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 236 ss.

della sovranità si è rivelata un indicatore prezioso per verificare il ruolo cruciale giocato dalla formula dello Stato-persona: eclissatesi dall'orizzonte giuridico le teorie "politiche" della sovranità nazionale e popolare, assorbite a partire da Orlando nello schema dello Stato sovrano, anche dopo la Costituzione repubblicana, che pure accoglierà il principio della sovranità popolare, non si saprà riporre l'esercizio di quest'ultima volontà in un luogo diverso dallo "stato governo" ⁽³¹⁾, col confermare la perenne vitalità della coincidenza "giuridica", (orlandiana), di Stato, nazione e popolo.

In questo orizzonte teorico, fermo anche nel mutare dei quadri politici, vincente nel chiudersi entro la soglia dello Stato giuridico, ci è parsa come un'eccezione di particolare significato una *Prolusione* tenuta dal Mortati pochi mesi prima della caduta del regime fascista: in una prospettiva antitetica alla *Costituzione in senso materiale*, pur di poco precedente, questo costituzionalista assegnava ora alla nazione una fino ad allora inedita rilevanza giuridica di "limite" dello Stato, chiamato ad accogliere nel suo ordinamento una serie di "garanzie", pena la perdita della sua natura di Stato nazionale. Proprio entro un analitico discorso di giurista, la nazione rivestiva ora una nuova cruciale funzione: quella di una sorta di cerniera per ricollegare i principi liberali ereditati dallo Stato giuridico al fondamento politico della costituzione.

Il Mortati del 1943 non dissolveva più la nazione nello Stato, né lo Stato nella nazione (fascista); dare "rilevanza giuridica" a un concetto tanto suggestivo, ma che fino ad allora era parso "giuridicamente" imprendibile, in quel delicato crinale della storia nazionale risparmiava, seppure per poco, soluzioni teoriche rigidamente stocentriche.

⁽³¹⁾ Sulla tendenza a definire "giuridicamente il popolo solo ove lo si intenda organizzato a Stato" ci sembra esemplare questo passaggio: "nello Stato italiano, la collettività popolare è sovrana; essa esercita tale sovranità in modo indiretto... attraverso lo stato-governo... a mantenerla operano... soggetti quali il corpo elettorale e i partiti politici..."; cfr. G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1962, p. 103.

2. *Il principio di nazionalità.*

Nella fase cruciale del Risorgimento una delle voci più avvertite tra i giuristi aveva posto come centro vitale della sua costruzione teorica proprio la nazione, chiamata a dare legittimazione al diritto dell'Italia ad "erigersi" in Stato nazionale, e a divenire il perno delle istituzioni statuali: alla domanda sul momento in cui inizia a farsi strada la ricerca di un principio giuridico su cui fondare la nazionalità italiana e l'intreccio nazione-monarchia rappresentativa, la riflessione di Pasquale Stanislao Mancini ci è parsa voler assolvere a questo compito storico. Del resto non a caso le opere giuridiche destinate a grande divulgazione, il *Digesto italiano*, l'*Enciclopedia giuridica*, non esclusa la più recente *Enciclopedia del diritto*, alla voce nazione e nazionalità sembrano accomunate dal dover "cominciare con Mancini" ⁽³²⁾; anche se chi ⁽³³⁾ ha voluto invece valorizzare gli esordi di una riflessione più "giuridica" di quella "ideologica" offerta dal giurista napoletano, ha guardato al Romagnosi, teorico dell'"eticarchia", che considerava soggetti di diritto solo le nazioni costituite in Stati (nazionali), le "nazioni intere indipendenti padrone di tutto il loro territorio e viventi sotto un solo potere temperato" ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ *Nazionalità*, in *Il Digesto italiano*, XVI, Torino 1905-1910, p. 18; analogamente *Nazionalità*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, XI, parte I, Milano s.d., pp. 244-272; VEZIO CRISAFULLI e DAMIANO NOCILLA firmando la voce *Nazione* sull'*Enciclopedia del diritto* cit., colgono nel pensiero del Mancini l'illusione di poter trasferire sul terreno della scienza giuridica l'"ideologia del principio di nazionalità", cfr. pp. 794-795. A proposito del Mancini e della "scuola di giuristi" che lo seguì, rileva il "fondamento e spirito politico che animava la dogmatica internazionalistica, gli argomenti metagiuridici con cui veniva sostenuta e l'antistoricismo per il quale si vedeva nella nazione l'elemento essenziale della convivenza umana e nello stato nazionale l'ultimo e definitivo stadio nello svolgimento storico dell'istituto statale", B. PARADISI, *Il problema storico del diritto internazionale*, Firenze 1944, p. 3.

⁽³³⁾ Definiva il Mancini "sociologo e non giurista del principio di nazionalità" S. PANUNZIO, *Principio e diritto di nazionalità*, in *Popolo, Nazione, Stato (Esame giuridico)*, Firenze 1933, pp. 57-77, che guardava appunto al Romagnosi come al primo autore che "da giurista" aveva problematizzato, in virtù dell'"eticarchia", la natura giuridica della nazione. Analogamente G. FASSÒ, *Nazionalità (Principio di)*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XI, Roma 1957, p. 141.

⁽³⁴⁾ G. D. ROMAGNOSI, *La scienza delle Costituzioni* (1815), *Della Costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa*, I, Roma 1937, p. 267. Su questo autore cfr. ora

Ma al di là delle ricostruzioni storiografiche marcatamente “statocentriche”, la celebre *Prelezione* manciniana ⁽³⁵⁾, pronunciata nel 1851 a Torino dalla prima cattedra di diritto internazionale — un corso di diritto pubblico esterno e internazionale privato creato proprio per Mancini nell’anno precedente — era da subito percepita come l’occasione per legare principio di nazionalità e fondazione dello Stato nazionale. La teoria del giurista napoletano era dettata infatti dal bisogno di un forte richiamo al concetto di nazione: porre l’accento sulla sua centralità, attribuirle un autonomo spazio giuri-

per tutti L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*. I, *Il progetto costituzionale*, Milano 1984; II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano 1987; *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, a cura di E. ALBERTONI, prefazione di R. TREVES, Milano 1990. In particolare sul modello di Stato nazionale presente a Romagnosi, che non concepisce “la liquidazione o l’esautoramento delle formazioni minori”, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa* 2. cit., p. 508.

⁽³⁵⁾ *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al Corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino dal Professor PASQUALE STANISLAO MANCINI*, Torino 1851. Sul Mancini cfr. ora le considerazioni del curatore E. JAYME sul *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino 1994. In particolare Jayme sottolinea l’influenza delle teorie manciniane in Germania, ove “la nazione — concetto giuridico che divenne e rimane, simultaneamente, un concetto della speranza — trionfa sullo Stato”: cfr. *Pasquale Stanislao Mancini e lo sviluppo del diritto internazionale privato tedesco*, in “Scienza e politica. Per una storia delle dottrine”, 1990, 3, p. 38. Dello stesso autore cfr. anche *Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova 1988. L’orientamento politico liberale del Mancini era già stato sottolineato da F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana dal 1870 al 1896. Le premesse*, Bari 1953, p. 253; analogamente F. RUFFINI, *Nel primo centenario della nascita di Pasquale Stanislao Mancini*, in “Nuova Antologia”, CLXXXVIII, 1917, pp. 1 ss. Più di recente cfr. anche G. SPADOLINI, *Pasquale Stanislao Mancini*, in “Nuova Antologia”, 1989, pp. 376 ss.; C. STORCHI STORTI, *Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all’età preunitaria. Aspetti civilistici*, Milano 1989, pp. 302 ss.; AA.VV., *Pasquale Stanislao Mancini. L’uomo, lo studioso, il politico. Atti del Convegno, Ariano Irpino, 11-13 Novembre 1988*, Napoli 1991; E. DI CIOMMO, *La nazione possibile* cit., pp. 114 ss.; C. VANO, *Von der Nachabmung zur Konfrontation. Rechtskulturvergleich und Publikationspolitik des Pasquale Stanislao Mancini*, in A. MAZZACANE-R. SCHULZE (Hgg.), *Die deutsche und die italienische Rechtskultur im “Zeitalter der Vergleichung”*, Berlin 1995, pp. 163-180; J. L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris 1999, pp. 99 ss.; Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteienautonomie im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen Kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg 2000, pp. 37 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 3. *La civiltà liberale*, pp. 211 ss.

dico offriva un contributo determinante per giustificare le tendenze verso l'unità politica e la personalità internazionale. Del resto il "principio di nazionalità" sembrerà idoneo a fondare la legittimità della nazione italiana anche a quella dottrina internazionalistica ⁽³⁶⁾ che all'indomani dell'Unità pure ne metterà in discussione l'attitudine a offrire un criterio giuridico — ritenuto più fondato sul piano scientifico e più sicuro su quello politico — e pertanto davvero idoneo alla costruzione della scienza del diritto internazionale. In altri termini, come ben ha osservato Bruno Paradisi, "l'idea di nazione, che appariva come un concetto 'naturale e necessario', suscitò difficoltà all'affermazione teorica dello Stato come persona giuridica internazionale" ⁽³⁷⁾.

Per Mancini dunque la nazione — che perdeva quel tratto di cosmopolitismo e universalità della grande stagione settecentesca, per assumere la connotazione del senso di singolarità di ogni popolo ⁽³⁸⁾ — si risolveva in una "società naturale di uomini... di unità di territorio, di origine, di costumi e lingua conformati a comunanza di vita e coscienza sociale". La distinzione, più volte ribadita, tra lo Stato "soggetto artificiale ed arbitrario", e la nazione "soggetto naturale e necessario", aveva anche profonde ripercussioni sul terreno del "diritto interno", sul piano della legittimazione dell'ordinamento: dare priorità alla nazione rispetto allo Stato doveva servire a "trasportare il fondamento e le origini della scienza dall'apice... alla base, dal governo costituito al popolo governato, dallo Stato alla Nazionalità" ⁽³⁹⁾.

Collocandosi in una posizione intermedia tra l'idea di nazionalità "naturale", sviluppatasi in Germania — e che annetteva centralità a fattori naturalistici quali la comunità di razza, lingua, religione,

⁽³⁶⁾ Su questa cfr. anche A. DROETTO, *Pasquale Stanislao Mancini e la scuola italiana di diritto internazionale del secolo XIX*, Milano 1954.

⁽³⁷⁾ B. PARADISI, *Osservazioni sul rapporto storico tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato*, ora in *Civitas maxima. Studi di storia del diritto internazionale*, Firenze 1974, II, p. 703, nota 40.

⁽³⁸⁾ "Si giunge al principio di nazione in quanto si giunge ad affermare il principio di individualità, cioè ad affermare, contro tendenze generalizzatrici ed universalizzanti, il principio del particolare, del singolo"; così F. CHABOD, *L'idea di nazione* cit., p. 17.

⁽³⁹⁾ P. S. MANCINI, *Della nazionalità* cit., p. 50.

geografia — e quella “volontaristica” — teorizzata in Francia, e che faceva appello al diritto dei popoli a costituirsi in nazione ⁽⁴⁰⁾ — Mancini poneva il nucleo della nazione negli elementi materiali come i fattori etnici o razziali, ma soprattutto ne problematizzava l'essenza in un profilo soggettivo spirituale, la “coscienza della nazionalità”, senza la quale anche i fattori naturali sarebbero rimasti “inerte materia” ⁽⁴¹⁾. L'insistenza su un forte elemento volontaristico era funzionale a rivendicare per il popolo italiano dell'epoca la natura di nazione, seppur ancora non costituita, per le contingenze politiche, in Stato; proprio col Mancini la nazione posta al di sopra del diritto dello Stato irrompeva nella scienza del diritto internazionale, anche se ne sarà ben presto scacciata dal dogma dell'assoluta statualità del diritto internazionale stesso, che trovava il suo “soggetto” nello Stato ⁽⁴²⁾ comunque esistente, a prescindere dalla sua fonte di legittimazione e forma di governo.

Per Mancini il principio di nazionalità era dunque strumentale anche all'individuazione del fondamento del rapporto tra individuo e autorità: solo in conseguenza di essere cittadini ⁽⁴³⁾ di una nazione si era soggetti alla sovranità statale. Nel diritto interno quel che il giurista definiva “la superiorità del concetto giuridico della Nazione su quello di Stato” ⁽⁴⁴⁾ esprimeva il rifiuto di “sublimare il concetto di Stato” tipico delle “tendenze del secolo” ⁽⁴⁵⁾, a suo avviso

⁽⁴⁰⁾ Sulla distinzione tra nazione etnica e nazione elettiva, luogo classico degli studi storici e politici sull'idea di nazione, a partire da Michelet, fino a Chabod e Croce, e Habermas, cfr. da ultimi la ricostruzione di G. E. RUSCONI, *Se cessiamo di essere una nazione*, Bologna 1993, pp. 31 ss.; ed E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza*, Padova 1997, pp. 278 ss.

⁽⁴¹⁾ P. S. MANCINI, *Della nazionalità* cit., p. 38.

⁽⁴²⁾ Su questo passaggio cfr. ora S. MANNONI, *Potenza e Ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano 1999, p. 23.

⁽⁴³⁾ Sull'intreccio tra nazionalità e cittadinanza in Mancini cfr. E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza* cit., pp. 261 ss.; G. LOMBARDI, *Principio di nazionalità e fondamento della legittimità dello Stato (profili storici e costituzionali)*, Torino 1979, pp. 22 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 3. *La civiltà liberale* cit., pp. 211ss. Più in generale sul legame nazionalità-cittadinanza cfr. ancora T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino 1976.

⁽⁴⁴⁾ Così una *Prelezione* romana del 1872, in P. S. MANCINI, *Saggi sulla Nazionalità*, Roma 1944, p. 136.

⁽⁴⁵⁾ P. S. MANCINI, *Della Nazionalità* cit., p. 49.

modellate sulle teorie di Hegel, da tempo al centro dell'attenzione della cultura politica napoletana ⁽⁴⁶⁾. Al Mancini era ben chiara l'eredità che l'idealismo avrebbe trasmessa alla scuola tedesca di diritto pubblico, ove non trovava spazio l'idea di nazione, e pertanto neppure quella di sovranità della nazione, dal momento che l'identificazione popolo-Stato e la sovranità dello Stato erano ipostatizzate come formule più che sufficienti a spiegarne e giustificarne l'essenza ⁽⁴⁷⁾.

Pareva condividere questa impostazione hegeliana, cui si opponeva Mancini, anche la riflessione di Silvio Spaventa, pure incentrata su un'idea di nazione che assurgeva al ruolo cruciale di cifra dell'identità italiana e di perno delle istituzioni liberali, con la "nazionalità" posta come la "conseguenza del nuovo principio della libertà" ⁽⁴⁸⁾. La nazione di Spaventa doveva però essere ordinata in uno Stato forte, libero e indipendente, laddove questo Stato-nazione si tingeva del paradigma di concetto assoluto e superiore alla società. Lo Stato sovrano acquistava insomma quella centralità e visibilità che oscurava l'individuo, la società civile e in ultima analisi anche la stessa nazione, pure centrale per la strategia argomentativa del giurista abruzzese.

Per Mancini invece al di sopra del diritto dello Stato risiedeva quello della nazione, che non poteva "estinguersi o sopprimere per

⁽⁴⁶⁾ Sul gruppo degli hegeliani meridionali che esprimevano l'idea di "Stato che rappresenta e incarna la volontà della nazione" cfr. già A. VERA, *Saggi filosofici*, Napoli 1883, p. 39. Sulla filosofia hegeliana a Napoli, con particolare riferimento al pensiero di Bertrando Spaventa come "tramite della rinnovata attenzione allo Stato nella cultura dell'Italia unita" cfr. ora P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, p. 214.

⁽⁴⁷⁾ Per un'ampia analisi della scienza tedesca del diritto pubblico cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979; e più recentemente G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari 1999, particolarmente pp. 35 ss.

⁽⁴⁸⁾ S. SPAVENTA, *Le monarchie e il principio di nazionalità* (1848), in *Lettere, scritti, documenti*, a cura di B. CROCE, Bari 1923, p. 31. L'hegelismo di Spaventa nel concettualizzare lo Stato era messo in evidenza anche dal nipote Benedetto Croce, che curava S. SPAVENTA, *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da B. CROCE*, Bari 1910. La superiorità che Spaventa riconosceva allo Stato rispetto all'individuo e alla società è stata indicata come l'indicatore del tasso di liberalismo politico presente nella riflessione del giurista abruzzese: sul punto cfr. di recente l'ampia storiografia riportata da E. DI CIOMMO, *La nazione possibile cit.*, pp. 131 ss.

volontà e potenza dello Stato”. Da qui la giustificazione, sul piano della ricostruzione storica, della distinzione tra Stati “opera della forza”, e come tali anche “soggetti a disfarsi”, e Stati creazione della “natura immutabile ed eterna, gli Stati nazionali” (49), nel cui novero era da considerarsi lo Stato italiano; il passaggio dalla nazione allo Stato si risolveva nel rappresentare Stato e nazione come “cerchi perfettamente concentrici” (50).

Questa prospettiva tesa a costruire una dottrina del diritto internazionale segnata dal liberalismo politico, ancora alla metà degli anni Settanta imponeva a Mancini di accentuare la polemica antihegeliana, col respingere quell’impostazione criticata come “metafisica” perché volta a dissolvere la nazione in un “panteismo politico ed economico dello Stato”, fino a prospettare l’“apoteosi più enfatica della guerra” (51), che segnava soprattutto il “discorso coloniale” (52) che andava affacciandosi nel panorama culturale di quegli anni.

Della celebrata teoria manciniana si può cogliere il merito di “aver conciliato l’idea dell’umanità del secolo XVIII con il particolarismo nazionale” e la sua natura di “garanzia contro un sistema oppressivo” (53); l’attitudine a giustificare le politiche di potenza degli Stati europei, secondo un’interpretazione che vuole gli Stati creatori del “mito della Nazione” attraverso gli intellettuali (54); la potenzialità a convogliare i sentimenti di appartenenza alla patria

(49) Così P. S. MANCINI, *Prelezione cit.*, in *Saggi sulla nazionalità cit.*, pp. 195 ss.

(50) P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, p. 213.

(51) P.S. MANCINI, *Della vocazione del nostro secolo per la riforma e la Codificazione del diritto delle genti e l’ordinamento di una giustizia internazionale*, Roma 1874, pp. 35 ss.

(52) Su questo versante della dottrina internazionalistica, che deve fare i conti e superare l’ingombrante impostazione del Mancini sul nesso stringente tra nazione e Stato, per affermare lo Stato come soggetto del diritto internazionale, a prescindere dal legame legittimante con la nazione, cfr. P. COSTA, *Civitas cit.*, 3 *La civiltà liberale cit.*, pp. 478 ss.

(53) B. PARADISI, *Osservazioni sul rapporto storico cit.*, p. 719, nota 76.

(54) Cfr. ad esempio E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, Roma 1985; sull’impostazione del Gellner cfr. ora le osservazioni di G. E. RUSCONI, *Prefazione*, a E. GELLNER, *Nazioni e nazionalismo*, Roma 2000, pp. IX-XIX; E. J. HOBSBAWM, *Nazioni e nazionalismo dal 1780. Programma, mito, realtà*, Torino 1991; E. GENTILE, *La Grande Italia cit.*, particolarmente pp. 29 ss.

comune ⁽⁵⁵⁾. Sul piano del pensiero giuridico con Mancini si inaugurava una breve ma intensa stagione nella quale, prima dell'approccio statocentrico al problema del rapporto Stato-nazione, il principio di nazionalità diveniva perno dei rapporti tra gli Stati nel diritto internazionale, la nazione acquistava centralità anche sul terreno del diritto interno ⁽⁵⁶⁾, coll'assurgere a base di riferimento dello Stato, a nucleo di legittimazione della sua sovranità, a strumento per creare, in sintonia con l'idea cavourriana di unificazione politica, un collegamento sul piano dei diritti tra Stato liberale e cittadino.

Non è un caso che il pensiero del Mancini, colto in una sua vocazione legittimante lo Stato nazionale, sia stato chiamato in causa davanti a snodi drammatici della storia italiana: all'indomani della fine del primo conflitto mondiale Francesco Ruffini scriveva una densa prefazione del *Principio di Nazionalità* ⁽⁵⁷⁾, segnata dalla ricerca di un ordine giuridico in grado di favorire lo sviluppo di istituti del diritto internazionale rivolti alla protezione degli Stati e ad allontanare la guerra dall'orizzonte europeo; nel 1944 Lopez de Oñate, pur nel ribadire l'impossibilità di pensare giuridicamente la nazione — “la nazione per divenire un valore giuridico deve presentarsi come Stato” — della teoria del Mancini riproponeva la prospettiva del “diritto come processo e conquista di autonomia, dunque di libertà... modo di esporre una concezione di diritto naturale, nel senso meno astrattistico e più vitale” ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Osserva che Gellner ed Hobsbawm “tengono in scarsissimo conto la vitalità e la gagliardia dei sentimenti di appartenenza” S. LANARO, *Patria. Circumnavigazione di un'idea controversa*, Venezia 1996, p. 33.

⁽⁵⁶⁾ Sostiene invece che “il tipo di organizzazione interna dello Stato espressione di ogni nazione non costituisce, per Mancini, argomento di interesse” E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza* cit., p. 273.

⁽⁵⁷⁾ P. S. MANCINI, *Il Principio di Nazionalità*, con prefazione di FRANCESCO RUFFINI, Roma 1920.

⁽⁵⁸⁾ *Saggi sulla Nazionalità di Pasquale Stanislao Mancini*, a cura di F. LOPEZ DE OÑATE, Roma 1944, pp. XXVI e LIV. A proposito della distinzione tra Nazione e Stato, parlano di “generoso errore manciniano sotto il profilo propriamente giuridico”, citando Lopez de Oñate, anche V. CRISAFULLI-D. NOCILLA, *Nazione* cit., p. 795. Sottolinea che “nel pensiero di Mancini resta poco chiaro il rapporto tra Nazione e Stato: i suoi critici hanno sempre ribadito un rilievo su questo punto”; rileva inoltre che lo stesso Mancini, durante i lavori preparatori del codice 1865, aveva sostenuto che: “certamente al di d'oggi, dicendo nazione, dobbiamo intendere per nazione un aggregato di persone

Nella seconda metà dell'Ottocento la eco manciniana non improntava solo discorsi d'occasione, tesi a dar fondamento anche scientifico al valore dell'unità nazionale, come, esemplari, le ventitré pagine di una *Prolusione* del Pisanelli all'Università di Napoli (59), città dove era ancora forte la lezione degli Spaventa. Opere più complesse — da taluni ricondotte ad una “scuola italiana” impegnata nella costruzione di un diritto internazionale privato o delle genti sempre coniugato col diritto pubblico e con la politica (60) — del principio di nazionalità apprezzavano l'idea che lo Stato non dovesse configurarsi come un'entità artificiosa, frutto della forza o della diplomazia (61).

Questo assunto condizionava anche la riflessione storiografica: si ripensava infatti anche la storia del “sistema politico dell'Europa”, con l'affermare che nell'Ottocento il principio di nazionalità rappresentava quel che i “diritti dell'uomo” avevano rappresentato nel Settecento: l'“unità fittizia” d'antico regime si era dissolta “per dare vita alle unità nazionali: in altri termini, gli Stati composti dalla feudalità, dalla conquista e dall'assolutismo si formarono e si divisero in Stati nazionali” (62).

Questa modellistica storiografica, ove l'evoluzionismo positivista era applicato per costruire una teoria dell'origine delle nazioni disegnata nei termini di un continuo “progresso”, costringeva a porre in discussione anche l'“ordine interno”, il “diritto pubblico” statale: il principio di nazionalità consentiva di sostituire lo Stato, “aggregazione arbitraria”, con un “ordinamento statale fondato sulla coscienza e il sentimento della popolazione”; permetteva di rompere la barriera popolo-istituzioni col fondare il governo rappresentativo,

formate a Stato”; laddove questa affermazione era funzionale ad appoggiare la scelta di stabilire la nazionalità in base alla cittadinanza E. JAYME, in P. S. MANCINI, *Della nazionalità* cit., pp. 58-9.

(59) G. PISANELLI, *Lo Stato e la Nazionalità*, Napoli 1862.

(60) Cfr. ad esempio E. L. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Torino 1895, 2 ed.

(61) G. CARLE, *Pasquale Stanislao Mancini e la teoria psicologica del sentimento nazionale*, Roma 1890, pp. 8 ss.

(62) Così il costituzionalista e docente di spicco del diritto internazionale a Modena, Napoli, e infine Roma, tra i fondatori dell'Istituto internazionale de L'Aja, A. PIERANTONI, *Il progresso del diritto pubblico e delle genti. Introduzione allo studio del diritto costituzionale ed internazionale*, Modena 1866, p. 136.

una formula destinata a connotare l'assetto istituzionale del modello liberale europeo: "Governi teocratici, municipali, feudali, assoluti si formarono a governi rappresentativi" (63).

La complessa ricerca degli elementi costitutivi ed individuanti la nazione e la nazionalità affaticava anche la dottrina italiana, impegnata a discutere sia la "teoria naturale" tedesca che la "teoria elettiva" francese. Come il Mancini, che per definire la nazione aveva valorizzato più che altro l'elemento spirituale, la "coscienza", diversi giuristi si dedicavano all'analisi dei "fattori" del principio di nazionalità; e più che la razza, i confini, la lingua, la religione, chiamavano in causa soprattutto "coscienza" e "sentimento", uniti per "tradurre nel fatto quell'ideale della nazione che costituisce l'aspirazione di tutti" (64). In molte pagine della dottrina italiana di diritto internazionale (65) erano frequenti toni che parevano avvicinarsi, in qualche caso anche anticipare, la fortunata e celebrata formula del Renan, ove era assai marcato l'accento volontaristico (66).

Ai giuristi d'altro canto le ampie analisi sociologiche di matrice positivista sui "fattori" della nazionalità non parevano sufficienti a tematizzarne un concetto appagante sul piano del diritto: la prima pagina di una densa monografia di Luigi Palma già nel 1866

(63) A. PIERANTONI, *Trattato di diritto costituzionale*, Roma 1887, p. 261. L'opera, dedicata alla memoria di Pasquale Stanislao Mancini, raccoglieva una prolusione letta a Napoli nel 1871 su *La Famiglia, la Nazione, lo Stato*, e una lunga riflessione sulla nazionalità, *ibid.*, pp. 195 ss.

(64) G. CARLE, *La vita del diritto nei rapporti con la vita sociale*, Torino 1890, p. 297.

(65) Per la tendenza a valorizzare la "coscienza di sé" della nazione cfr. anche D. ZANICHELLI, *La coscienza nazionale italiana*, Bologna 1890, pp. 4 ss. Sui "fattori" innanzitutto spirituali della nazionalità cfr. inoltre D. LIOY, *Del principio di nazionalità guardato dal lato della storia e del diritto pubblico*, Napoli 1864; S. SCOLARI, *Istituzioni di scienza politica*, Pisa 1871, pp. 572 ss.; S. CELLI, *Del principio di nazionalità nella moderna società europea*, Pavia 1865; G. CARNAZZA AMARI, *Elementi di diritto internazionale*, Catania 1867; F. AGNETTA GENTILE, *Sul principio di nazionalità*, Palermo 1875.

(66) Sulla "nazione plebiscito di tutti i giorni", tra le suggestioni del Sieyès e del Rousseau, e la tesi del ritorno alla Francia delle regioni perdute dell'Alsazia-Lorena, E. RENAN, *Che cos'è una nazione? e altri saggi*, a cura di S. LANARO e G. DE PAOLA, Roma 1992, su cui, di recente, cfr. almeno M. BARBERIS, *Quel che resta dell'idea di Nazione. L'idea di Nazione da Rousseau a Renan*, in "Filosofia politica", VII, 1993, 1, pp. 6-28; H. SCHULZE, *Aquile e leoni* cit., p. 115 ss.; C. PAVONE, *Appunti sul principio plebiscitario, in Le virtù del politico*, a cura di G. CARBONE, Venezia 1996, p. 156.

sollevava il problema che in seguito sarebbe servito a dimostrare l'impossibilità di costruire una "teoria giuridica" della nazione: il principio di nazionalità, coincidente soprattutto con la "coscienza della nazione", era più "istintivamente sentito che razionalmente spiegato" (67). Certo il Palma non si sottraeva al compito di celebrare il principio di nazionalità anche come elemento fondativo di un "nuovo diritto pubblico": "la nazionalità non è che l'uguaglianza, la libertà e la proprietà di una nazione sulle altre" (68); e della teoria manciniana esaltava il contributo offerto alla nascita dello Stato nazionale: "l'indipendenza dallo straniero e congiunzione delle sparte membra della Nazione" (69). Ma se nazione e nazionalità erano momenti essenziali del discorso storico e politico, erano difficili da sistematizzare sul terreno "razionale" del diritto; in altri termini, se ne poteva ricostruire la storia, ma erano inutilizzabili per la costruzione di una scienza giuridica del diritto internazionale (70).

Era soprattutto un saggio di Gaetano Mosca a ribadire in modo esplicito, citando la "Teoria generale dello Stato" del Bluntschli (71) e le pagine della "Nazionalità nel governo rappresentativo" dello Stuart Mill (72), l'assenza di una "regola generale" a spiegare che "una nazione principia ad esistere quando essa comincia ad aver coscienza della propria esistenza". In modo esemplare il Mosca affermava che i "sociologi non fanno regole generali dove non se ne possono fare... riducono la nascita delle diverse nazionalità a questioni di casistica". Pertanto la "forza brutale", l'identità di razza, i confini territoriali, la "comunanza di storia", la "coscienza di sé" del popolo, non offrivano criteri univoci per definire i connotati del principio di nazionalità; accordare importanza ad un fattore a scapito di un altro condizionava la possibilità di tematizzare un concetto di nazione accettabile per tutti; a proposito del caso

(67) L. PALMA, *Del principio di nazionalità nella moderna società europea*, Milano 1866, p. 1.

(68) *Ibid.*, p. 7.

(69) *Ibid.*, p. 47.

(70) *Ibid.*, p. 306.

(71) Sulla rappresentazione dello Stato come organismo e del rilievo assunto dalla nazione in questo quadro offerto dal giurista di Zurigo tanto citato dalla giuspubblicistica italiana cfr. ora P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 140 ss.

(72) Su cui *ibid.*, pp. 6-7.

Alsazia-Lorena, allora tanto dibattuto, Mosca sosteneva che i Tedeschi per la lingua, i Francesi per i confini, potevano entrambi rivendicare la sovranità su questo territorio (73).

Ben presto la dottrina del diritto internazionale metteva inoltre in dubbio l'attitudine dei concetti di nazione e nazionalità a fondare l'organizzazione dello Stato sul terreno dell'indipendenza all'esterno e dell'autogoverno all'interno: l'idea che erano gli Stati, e non le nazioni, i soggetti del diritto internazionale, adombrata già dal Mamiani — pure mentore di una nazione che legittimava lo Stato in quanto impegnata ad affermare la propria libertà tanto nell'ordine interno che esterno (74) — trovava ampi sviluppi nelle riflessioni dell'Albicini (75), del Brusa (76), del Fiore (77), del Padelletti (78), dell'Anzillotti (79); fin ad essere presentata come ormai radicatasi e comunemente condivisa da quel particolare specialismo giuridico in un *Corso di diritto internazionale* di Santi Romano (80), giurista che pure intendeva la comunità internazionale come istituzione (81),

(73) G. MOSCA, *I fattori della nazionalità*, estr. da "Rivista europea. Rivista internazionale", 13, XVIII, IV, 1882, pp. 709-720. Su questo lavoro, rielaborazione della tesi di laurea del Mosca, cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, p. 32. Più in generale sul Mosca cfr. M. FIORAVANTI, *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: Due itinerari paralleli (1881-1897)*, ora in *La scienza del diritto pubblico cit.*, I, pp. 181-199; P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 225 ss.

(74) T. MAMIANI, *Dell'ottima congregazione umana e del principio di nazionalità*, in *D'un nuovo diritto europeo*, Torino 1859, pp. 359 ss. Un cenno sul Mamiani anche in P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, p. 213.

(75) C. ALBICINI, *La nazionalità* (1870), Bologna 1890, pp. 75 ss.

(76) E. BRUSA, *Dell'odierno diritto internazionale pubblico*, Prato 1875, pp. 339 ss.

(77) P. FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, Torino 1887, pp. 180 ss. Un cenno sul giurista napoletano in S. MANNONI, *Potenza e ragione cit.*, p. 22; P. COSTA, *Civitas cit.*, 3, *La civiltà liberale cit.*, p. 485.

(78) G. PADELLETTI, *L'Alsazia e Lorena e il diritto delle genti*, in *Scritti di diritto pubblico*, Torino 1881, pp. 367 ss. Sulla dibattuta questione dell'Alsazia-Lorena annessa alla Germania dopo la guerra francoprussiana cfr. S. LANARO, *Introduzione* a E. RENAN, *Che cos'è una nazione?* cit. pp. XVII ss.

(79) D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma 1912, pp. 89 ss. Un cenno su questo giurista in S. MANNONI, *Potenza e ragione cit.*, p. 52.

(80) S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova 1928, p. 56.

(81) Un cenno su questa tendenza, in cui si colloca Romano, a superare le concezioni troppo legate all'esperienza dei fenomeni giuridici propri di società statualmente organizzate, per affrontare la costruzione dell'ordinamento giuridico internazionale in modo più aderente alla realtà sociale, nella quale le regole di questo settore

offrendone un'interpretazione in grado di superare quell'immagine di ordine internazionale come coesistenza di Stati, volontà comune sorta mediante la cooperazione di Stati, problematizzata dal Triepel e che tanto aveva influenzato la dottrina internazionalistica anche italiana (82).

Una lucida operazione tesa a liberare il discorso giuridico dal “mare magno di mere parole e concetti contraddittori” era svolta da una lunga *Introduzione* che Emilio Brusa premetteva alla terza edizione delle *Lezioni di diritto internazionale* del Casanova. Il Brusa esordiva con la decisa affermazione che il carattere “storico e naturale della nazione” non implicava un suo connotato “razionale”, e quindi giuridico. Sul piano della ricostruzione storica riconosceva al principio di nazionalità d'aver contribuito alla formazione di “quattro Stati nazionali”, la Grecia, il Belgio, l'Italia, l'“Impero germanico”. Ma di contro all'idea del Mancini sulla nazione “monade del diritto delle genti”, affermava di aderire alla teoria dei Mamiani e dei “pubblicisti di altri paesi”, ed indicava nello Stato l'“idea madre del diritto internazionale” (83).

A differenza del Casanova, che aveva incentrato le sue *Lezioni* genovesi del 1859-60 proprio sul ruolo assolto dal principio di nazionalità nella storia italiana, e aveva operata una distinzione tra Stati e nazioni, accordando rilievo anche giuridico alla nazione non ancora organizzata a Stato — per aver affermato in modo esplicito

disciplinare si manifestano e sono destinate ad operare in M. GIULIANO, *Diritto internazionale e comunitario*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, p. 416. Cfr. anche R. QUADRI, *Positivismes et realisme dans la science du droit international*, in “Internationalrechtliche und Staatsrechtliche”, 1960, pp. 401 ss. Ma più in generale sul ruolo decisivo di Santi Romano nella giuspubblicistica italiana cfr. tra gli altri M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli 1986, pp. 311-346; Id., *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in *Storia dello Stato dall'Unità ad oggi*, a cura di R. ROMANELLI, Roma 1995, pp. 405-457; P. GROSSI, *Scienza giuridica* cit., pp. 109 ss.

(82) Sull'opera di Triepel, *Diritto internazionale e diritto interno*, “che ha formato un'intera generazione di internazionalisti”, cfr. S. MANNONI, *Potenza e ragione* cit., pp. 44 ss.

(83) *Del diritto internazionale. Lezioni del Professor L. Casanova*, 3 ed. con *Introduzione e note copiosissime dell'avvocato E. Brusa*, Firenze 1876, 3 ed. con *Introduzione e note copiosissime dell'avvocato E. Brusa*, Firenze 1876, pp. I ss.

che “una nazione può contenere più Stati gli uni dagli altri indipendenti; siccome accade d’Italia nostra” ⁽⁸⁴⁾ — il Brusa inaugurava la tendenza ad identificare la nazione con lo Stato, ed operava una torsione statualistica della *Lezione I*, laddove sosteneva che il concetto di nazione, perno dell’opera del Casanova, “veramente sta in luogo dell’altro Stato... principio vero che porge la base del diritto costituzionale” ⁽⁸⁵⁾.

Il Brusa pareva giungere a questa conclusione in virtù di quel *Die nationale Staatenbildung* del Bluntschli ⁽⁸⁶⁾, basato sul presupposto hegeliano per il quale la vita della nazione senza Stato era una mera “preistoria”, dal momento che a ciascuna nazione non poteva che corrispondere uno Stato. La teoria del giurista di Zurigo circa il popolo unificato nella nazione, e coincidente con lo Stato, era declinata dal Brusa nel senso che “i tedeschi indicano come nazione (Nation)... la comunione naturale, astrazione fatta dallo Stato”. Quest’approccio organicista portava il giurista italiano a condividere l’affermazione per la quale l’idea di nazione, comunità d’uomini uniti e organizzati in Stato, andava pertanto sempre riferita allo Stato.

Per Brusa inoltre l’affermazione della rilevanza costituzionale del principio di nazionalità e la continua rivendicazione dei diritti ad esso connessi avrebbero messo in crisi la stabilità dello Stato storico; e dunque, di fronte a questo rischio, e nell’impossibilità di definire sul piano di un rigoroso discorso giuridico le “opinioni così controverse” sui fattori della nazionalità e sugli elementi costitutivi della nazione, anche di contro alla “scuola italiana”, non restava “altro di

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, pp. 35 ss. Rileva che questo corso universitario del Casanova accennava al fatto che le nazioni, e non gli Stati, dovevano esser considerate come soggetti di diritto internazionale G. FASSÒ, *Principio di nazionalità* cit., p. 140. Sul Casanova cfr. ora C. STORCHI STORTI, *Ludovico Casanova e le sue lezioni di diritto internazionale*, in *Giuristi liguri dell’Ottocento. Atti del Convegno organizzato dall’Accademia ligure di scienze e lettere in collaborazione con l’Accademia delle scienze di Torino*, a cura di G. B. VARNIER, Genova 2001, pp. 43-94.

⁽⁸⁵⁾ *Del diritto internazionale. Lezioni del Professor L. Casanova* cit., pp. CC-CLXXVII ss.

⁽⁸⁶⁾ J. K. BLUNTSCHLI, *Die nationale Staatenbildung und der moderne deutsche Staat*, Berlin 1870. Sull’approccio del Bluntschli al tema del diritto all’autodeterminazione nazionale, per cui “per ogni nazione uno Stato”, cfr. H. SCHULZE, *Aquile e leoni* cit., p. 248.

più confortevole che tornare all'idea dello Stato rappresentato dal suo governo" (87).

In termini molto precisi anche il *Digesto italiano* registrava l'orientamento ormai prevalente nella dottrina internazionalistica italiana, cogliendone la sintonia con le indicazioni teoriche del Bluntschli: indicava infatti come soggetto di diritto internazionale lo Stato "persona politicamente organizzata della nazione", e sottolineava che "l'idea di nazione si riferisce poi sempre allo Stato, senza del quale non può esservi nazione" (88).

Anche un lungo saggio del Fusinato, pure allievo del Mancini (89), era esemplare della tendenza che improntava anche la scienza del diritto internazionale ad espellere dalla riflessione giuridica quell'approccio manciniano al tema della nazione che da allora sarà sempre definito in termini di "ideologia" e non di costruzione razionale (90). Per Fusinato il principio di nazionalità, sui cui la "scuola italiana" aveva fondato il suo "edifizio", aveva avuto grande seguito nella dottrina internazionalistica, anche per la sua capacità di raccordarsi storicamente con le aspirazioni politiche all'unità nazionale. Ma la prospettiva di costruire "da giuristi" la scienza del diritto internazionale imponeva rigore concettuale, l'abbandono delle implicazioni storiche e politiche del pensare la nazione, percepite come vaghe, incerte, insicure, equivocate, in ultima analisi inadeguate a fondare un sapere disciplinare davvero convincente sul piano scientifico.

Da qui la critica del Fusinato dell'impegno del Mancini nella commissione coordinatrice del codice civile, per aver voluto "favore il principio di nazionalità" in virtù del riferimento al concetto di nazione, recepito dalle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, con l'articolo 6 che recitava "lo stato e la capacità delle persone, e i rapporti di famiglia

(87) *Del diritto internazionale. Lezioni del professor Casanova* cit., pp. CC-CLXXXVIII.

(88) Così la voce *nazione* cit., pp. 42-43.

(89) Cfr. la Commemorazione del Mancini in G. FUSINATO, *Pasquale Stanislao Mancini*, in *Annuario della Regia Università di Torino*, 1889. Sul Fusinato cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 3. *La civiltà liberale* cit., p. 480.

(90) Cfr. G. FASSÒ, *Nazionalità (principio di)*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, IX, 1963, pp. 140 ss.; V. CRISAFULLI-D. NOCILLA, *Nazione* cit., p. 794.

sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono”. Per Fusinato invece l'utilizzo del termine Stato avrebbe offerto maggior rigore scientifico alla costruzione di questa, come di altre norme. E allora l'accentuazione dell'elemento giuridico sul politico, l'ideologico, imponeva anche la rivisitazione del contributo offerto dalla “scuola italiana” alla costruzione della scienza del diritto internazionale, in virtù di una decisa torsione statualistica dei concetti manciniani: “quando i nostri scrittori di diritto privato internazionale adottano la parola *nazione* vogliono significare Stato, e sudditanza politica ad uno Stato con la parola nazionalità” (91). In definitiva, anche per Fusinato era lo Stato il soggetto del diritto internazionale; ed il riconoscimento e legittimità dello Stato non dipendevano dalla sua coerenza con l'identità nazionale, ma con la sua esistenza di fatto, a prescindere dal fondamento di legittimazione e dalla forma costituzionale (92).

Il *Trattato del diritto internazionale pubblico* del Fiore sembrava chiudere in termini definitivi la discussione della dottrina internazionalistica sulla rilevanza giuridica del principio di nazionalità, col riconoscere da un lato l'esistenza della “nazione naturale”, ma escludendo dall'altro la sua natura di “ente giuridico”. Quest'opera negava inoltre con decisione l'attitudine della nazione a rappresentare l'oggetto di questo specialismo disciplinare; ma soprattutto ripeteva come una sorta di *communis opinio* ormai consolidata in dottrina l'impossibilità di elevare le nazioni a soggetti di diritto internazionale, dal momento che soggetti di questo particolare settore dell'esperienza giuridica non potevano essere che gli Stati, e solo gli Stati (93).

Con queste parole d'ordine iscritte nella svolta statocentrica, che segnava la scienza giuridica nel suo complesso, il principio di nazionalità, e la nazione come paradigma di un giusnaturalistico diritto delle genti, venivano banditi dalla comunità scientifica; s'imponeva il dogma dell'assoluta statualità del diritto internazionale,

(91) G. FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, in “Archivio giuridico”, XXXIII, 1884, particolarmente pp. 546-549.

(92) ID., *La teoria della nazionalità nel sistema del diritto pubblico internazionale* (1890), ora in ID., *Scritti giuridici*, Torino-Milano-Roma 1921, I, pp. 213 ss.

(93) P. FIORE, *Trattato cit.*, pp. 180 ss.

problematizzato nei termini di un diritto statale esterno, dal momento che era il diritto dello Stato ad esser chiamato dai giuristi a disciplinare i rapporti tra gli Stati. Come ha ben osservato Bruno Paradisi “di fronte all’alternativa di cercare il fondamento del diritto internazionale o sul diritto statale che era poi un modo per negarlo cedendo all’imponente fenomeno giuridico dello Stato o viceversa su un ordinamento che trascenda gli Stati”, i giuristi italiani trovavano un porto sicuro nella prima opzione, col cedere “all’imponente fenomeno giuridico dello Stato”⁽⁹⁴⁾.

3. *La nazione “ordinata e organata a Stato”.*

Nell’arsenale della giuspubblicistica degli anni ottanta dell’Ottocento la nazione era ancora un concetto nevralgico, innanzitutto come fondamento della sovranità, come espressione della volontà, appunto nazionale, che veniva però pensata come immessa nello Stato, in modo organico e senza conflitti. La sovranità nazionale serviva inoltre ad indicare un potere sovrano prospettato come radicalmente diverso da quello del passato, che si definiva cetuale o comunque “parziale”; la nazione era presentata come enunciato contrapposto all’atomismo individuale perché risultato di un ipostattizzato consenso, e che proprio per questo suo principio vitale avrebbe garantito il consolidamento delle istituzioni statuali.

Si collocava in questa prospettiva il pensiero di Luigi Palma, che nel sostenere la necessità di non “confondere lo Stato colla Nazione propriamente detta”, ricordava la presa di posizione a suo tempo sostenuta in un suo “primo libro giovanile”, quella monografia che già nel 1866 aveva rilevato la difficoltà di trovare un fondamento “razionale”, cioè giuridico, del principio di nazionalità.

Nel *Corso di diritto costituzionale*, pubblicato alla fine degli anni settanta, il Palma ribadiva di riconoscere alla nazione il “carattere di persona soltanto nel senso naturale, ma non nel giuridico”; ma se la “qualità di persona giuridica non può competere che allo Stato”,

(94) Così, in modo esemplare, B. PARADISI, *Il problema storico* cit., p. 40; sulla svolta “statocentrica” affermata anche nella scienza del diritto internazionale cfr. anche S. MANNONI, *Potenza e ragione* cit., pp. 22-23; e la sintesi di L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari 1997, pp. 31 ss.

appariva fondata la domanda sul senso di voler pensare Stato e nazione come concetti diversi sul piano del diritto. La risposta del costituzionalista, pur affermativa, era vaga, si limitava ad un richiamo del pensiero del Mancini, in particolare della sua distinzione tra gli Stati opera della forza e gli Stati opera della natura, quegli Stati nazionali nel cui novero era da ricondurre quello italiano.

Il concetto di nazione, che serviva così a fondare la legittimità dell'ordinamento italiano, finiva per esser assorbito in quello di Stato, dal momento che questo *Corso* si presentava come una sorta di anello di congiunzione tra la prospettiva manciniana di dare rilevanza alla nazione, distinta dallo Stato ⁽⁹⁵⁾, e la prospettiva organicistica, comune a tanti giuspubblicisti ⁽⁹⁶⁾, a tematizzarla solo se "ordinata e organata a Stato". Di questo nodo nevralgico del pensiero giuridico era esemplare la riflessione del Palma sulla sovranità, tema di centrale importanza che non poteva non esser collegato alla nazione ⁽⁹⁷⁾: nel *Corso* la confutazione del Rousseau era funzionale a dimostrare il "pericolo politico di confidare ad una parte il potere sovrano", che risiedeva invece nella "nazione stessa". Palma spiegava infatti che "l'universalità dei cittadini è quindi sovrana, ma

⁽⁹⁵⁾ L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, (1877), Firenze 1883, 3 ed., I, pp. 103 ss. Su quest'opera del Palma che rappresenta "il punto più avanzato della dottrina politico-costituzionale anteriore alla rivoluzione metodica orlandiana" cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, p. 44; sul Palma cfr. anche P. COSTA, *Lo stato immaginario, Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra 800 e 900*, Milano, 1986, p. 73.

⁽⁹⁶⁾ Sulla "metafora organicistica... che alimenterà continuamente le procedure della disciplina giuridica, dando un contributo determinante alla rappresentazione del suo oggetto teorico" cfr. P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari 1990, p. 104. Sul carattere totalitario delle concezioni organicistiche dello Stato e della società, contrapposte a quelle individualistiche, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Stato-società-Costituzione*, Torino 1988, pp. 23 ss.

⁽⁹⁷⁾ La riflessione dei giuristi sulla sovranità tra Ottocento e Novecento è uno temi di maggior rilievo affrontati dalla storiografia giuridica; cfr. almeno P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit.; M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europea continentale*, in *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, a cura di R. GHERARDI e G. GOZZI, Bologna 1992, pp. 161-177; E. T. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997; A. CARRINO, *Sovranità e costituzione nella crisi dello Stato moderno*, Torino 1998. Una rassegna del dibattito recente sulla sovranità in M. RIPOLI, *Controversie sulla sovranità*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1999, 1, pp. 219-231.

in questo senso che niun individuo, niuna frazione o associazione parziale ha la sovranità se non le è stata confidata... il popolo però si deve intendere nel senso politico, cioè come ordinata comunità, non come moltitudine inorganica e anarchica. Non la *plebs*, non la moltitudine sciolta e inorganica è sovrana, ma il *populus*, la nazione ordinata e organata a Stato” (98).

L’idea della nazione “tutto organico” giocava dunque un ruolo decisivo nel definire la sovranità, ed era riproposta nelle pagine dedicate al potere legislativo ed alla Camera: per Palma l’art. 41 dello Statuto (99) aveva affermato un “principio di grande importanza”, laddove aveva stabilito che “i Deputati rappresentano la nazione in generale, non i singoli collegi, le provincie dove sono eletti” (100). Da qui la rivisitazione della storia costituzionale italiana nel segno dell’espulsione del momento contrattualistico, “costituente”: con lo Statuto Carlo Alberto aveva “ordinata la sovranità nella nazione e nel suo capo”; d’altro canto la nazione non era stata costruita “dalla moltitudine votante nei plebisciti, ma dagli Atti del Parlamento sanciti dal Re che avevano accolto i plebisciti”, come dimostrava la legge 17 Marzo 1861, che aveva “costituito la Nazione italiana per la Grazia di Dio e la volontà della Nazione”. Al fondamento religioso tradizionalmente espresso dalla prima parte di questa formula, il Palma aggiungeva la volontà nazionale come fonte di legittimazione di uno Stato secolarizzato (101).

Una *Prelezione* tenuta da questo giurista a Roma era ancora più esplicita nel legare i “caratteri e le condizioni del governo costituzionale” all’idea di nazione in virtù del riferimento alla “volontà della Nazione di adempiere ai doveri richiesti dalla Costituzione”. La nazione era dunque problematizzata non come un *prius* rispetto

(98) L. PALMA, *Corso cit.*, pp. 149-150.

(99) Una recente edizione dello Statuto, che richiamava la nazione anche nel preambolo, in *Lo Statuto albertino e i lavori preparatori*, (a cura di G. NEGRI, S. SIMONI), Roma 1989.

(100) L. PALMA, *Corso cit.*, p. 409.

(101) *Ibid.*, p. 151. Sulla ricerca di fonti secolarizzate di legittimazione, diverse dalla formula “per grazia di Dio”, questione questa che non poteva non toccare gli Stati moderni, cfr. O. BRUNNER, *Dall’investitura per grazia di Dio al principio monarchico*, in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. SCHIERA, Milano 1970, pp. 165-199; J. HABERMAS, *Lo Stato-nazione europeo cit.*, p. 125.

alla “Costituzione”, ma come un elemento da collocare nel diritto pubblico vigente; la volontà nazionale, pur sovrana, non poteva infatti incidere sui contenuti della sovranità, né prospettare poteri sovrani diversi da quelli già definiti dall’ordinamento positivo: Palma ripeteva che “la sovranità appartiene in Italia alla Nazione in questo senso che nessun ceto, corpo, città o parte ha il potere sovrano ma la nazione stessa, non inorganicamente come una moltitudine sciolta nei suoi atomi, ma ordinata a Stato, ossia Monarchia rappresentativa secondo lo Statuto, e gli organi da esso costituiti, Re, Camere e via seguendo...”.

Ancora una volta era ribadito il paradigma organicista imposto dal pericolo di tutto ciò che poteva “disgregare lo Stato”; pur in una prospettiva dualistica di Stato-nazione, di Stato-società, il Palma poneva la nazione “al di sopra delle opinioni individuali e dei partiti”, e finiva per ricomprenderla nello Stato, luogo rassicurante perché lontano dalla politica e dal conflitto ⁽¹⁰²⁾.

Anche un’ampia e celebrata monografia del Miceli, dualistica fin nel titolo, si riallacciava alla teoria del Mancini per problematizzare il rapporto Stato e nazione nella “zona mista e comune tra i confini di due scienze vicine”, il diritto costituzionale e il diritto internazionale. La “legge dell’evoluzione” guidava l’analisi dei due concetti, talora “combacianti” ma comunque sempre “distinti”, di Stato e nazione ⁽¹⁰³⁾; l’impostazione sociologica, volta ad accordare grande importanza ai fattori della nazionalità — gli “elementi naturali e morali”, che Miceli voleva individuati meglio di tutti rispettivamente dal Bluntschli e dal Mancini ⁽¹⁰⁴⁾ — finiva per approdare però a conclusioni assai vicine a quelle condivise dall’indirizzo prevalente

⁽¹⁰²⁾ L. PALMA, *Corso*, cit., pp. 41 ss.

⁽¹⁰³⁾ V. MICELI, *Lo Stato e la Nazione nei suoi rapporti tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale*, Firenze 1890, pp. 4-5. Considera, e apprezza in più punti l’opera di questo giurista, “specialista della materia per aver dedicato gran parte della sua attività di scienziato al tema della nazione”; e aggiunge che *Lo Stato e la nazione* è “il libro, che io sappia, più sistematico ed esauriente sull’argomento”, S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., pp. 24 e 64. Sul Miceli rappresentante dell’“indirizzo psicologico e sociologico”, minoritario rispetto al metodo orlandiano, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 199-200; sul Miceli cfr. inoltre P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., pp. 25-26; ID., *Civitas* cit., 3. *La civiltà liberale* cit., pp. 221 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ V. MICELI, *Lo Stato e la nazione* cit., p. 8.

nella dottrina internazionalistica e dai seguaci del metodo orlandiano, laddove Miceli chiamava in causa i temi della personalità giuridica e dello Stato-persona. Questo giurista affermava infatti senza troppi giri di parole che soggetto di diritto internazionale era lo Stato, ed aggiungeva che le “altre forme di aggregato sia etnico, sia sociale non possono mai assumere il carattere di persone giuridiche tranne che trasformandosi in Stato”.

Nella prospettiva di espellere dalla riflessione della giuspubblicistica tutto ciò che non pareva riconducibile a questo specialismo, coerentemente peraltro con la tendenza che andava sempre più prendendo piede nella scienza del diritto pubblico, la nazione in quanto “organo etnico e sociale” era definita un “concetto confuso”; il Miceli era esplicito nel dichiarare che la nazione “finché rimane nazione non è e non può essere persona del diritto” (105).

Con le pagine dedicate alla ricerca della “legittimità dello Stato conforme ai principi del diritto costituzionale”, anche Miceli riponeva nel “consenso spontaneo, permanente e organico delle parti” un fondamento delle istituzioni politiche liberali più solido di quel che pareva consentire l’“atomismo rivoluzionario del popolo come universalità dei cittadini viventi” (106). Questo giurista criticava infatti sia la “tendenza individualista” — l’idea del contratto come base della legittimità dello Stato — che la teoria della nazionalità, per la quale era legittimo lo Stato che “s’impernia sulla nazione”. Quest’ultima impostazione manciniana, che pure, per Miceli, vedeva ancora tra i suoi sostenitori diversi giuristi, era confutata nel suo “innalzare a criteri di formazione giuridica fatti esterni” al diritto, quali i “legami di sangue”, la “solidarietà politica”, i “confini”. La “teoria scientifica” proposta invece da *Lo Stato e la nazione* ottimisticamente ipostatizzava tra queste due realtà un consenso armonico e senza conflitti sociali e politici; e definiva infatti “legittimo” lo “Stato che risulta dal concorso spontaneo, permanente ed organico delle parti che si aggregano, secondo le aspirazioni della coscienza

(105) *Ibid.*, pp. 110-113.

(106) M. FIORAVANTI, *Appunti delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e storici*, Torino 1991, p. 111.

politica e corrispondentemente alle necessità della vita interna ed internazionale” (107).

Anche i *Principi di diritto costituzionale* del Miceli riproponevano la prospettiva della nazione come aggregato organico, ove l'individuo non agiva come individuo ma come parte di un tutto; dall'immagine aritmetica del popolo si passava ad un'immagine sintetica, e pertanto in grado di azzerare i conflitti. Restava comunque netta la distinzione tra nazione e Stato; pur entro il sociologismo positivista, suo schema culturale di riferimento, il Miceli addive-niva a conclusioni volte esplicitamente ad espellere dal discorso giuridico “problemi di carattere politico o etico”. Pertanto la stessa “famosa teoria della nazionalità”, con la quale il Mancini aveva preteso di “dare carattere giuridico alla Nazione, presentandola quale un soggetto di diritto pubblico”, pur se ritenuta giustificata da ragioni “storiche, etiche, politiche”, era criticata per aver confuso “aspirazioni della coscienza” e “vero e proprio diritto positivo”. Per Miceli era infatti “assurdo” pensare la nazione “soggetto di diritto”, dal momento che “il diritto proviene e non può provenire che dallo Stato”; in modo esemplare i *Principi di diritto costituzionale* chiudevano la questione della rilevanza giuridica della nazione, negandole l’“ordinamento per mezzo del quale possa esprimere una propria volontà ed acquistare un proprio potere giuridico. E quando l’acquista, essa si trasforma in Stato ed entra nel mondo giuridico quale Stato e non quale Nazione” (108).

Il quadro dualistico Stato-nazione era proposto in termini netti anche dal *Commento allo Statuto* del Racioppi e del Brunelli, ove però il quadro organicistico lasciava spazio ad un approdo che più che altro si faceva carico di rappresentare la nazione attraverso la classe politica, risultante di una selezione di una “parte del popolo”, dei “capaci”. La sovranità vi era infatti tematizzata come “differenziazione tra coloro che assurgono al comando giuridico e altri che ricevono il comando giuridico senza potersi negare o sottrarre”. L’idea di un “popolo che non può vivere se non si organizza a Stato” era contestata in nome di una concezione elitaria, per la quale “il potere” spettava a chi era in grado di “corrispondere ai bisogni della

(107) V. MICELI, *Lo Stato e la Nazione* cit., p. 227.

(108) V. MICELI, *Principii di diritto costituzionale* (1897), Milano 1913, p. 193.

massa”, anche se al “popolo” rimanevano l’“influenza e forza dell’opinione pubblica”.

La teoria che assegnava la sovranità allo “Stato persona giuridica”, che si diceva ormai prevalente in dottrina, era accusata di “astrattezza” e “tautologia”, di non saper uscire dalla formula “lo Stato è lo Stato”; alla teoria della sovranità popolare si riconosceva il merito storico di aver combattuto la “vieta” teoria della sovranità del Principe assegnato ai popoli da Dio, e si prendeva atto di un suo slittamento verso la “sovranità della nazione”, per evitare “quel che di scapigliato” che il concetto di “popolo” evocava.

Ma la storia costituzionale del Regno era interpretata nel senso di negare carattere fondante lo Stato anche alla teoria della sovranità della nazione o del popolo come tutto organico, per la recisa affermazione che la sovranità apparteneva ad “una parte del popolo”: “Lo Stato sardo fin al 4 Marzo 1848 aveva forma di monarchia: l’organo sovrano era il Principe”; ma con lo Statuto — cui si annetteva l’attitudine a segnare una discontinuità col passato — “il supremo potere” era passato dal “monarca al popolo”; “la sovranità sotto forma di elettorato politico” era stata conferita “ad ogni cittadino che risponda a ben prefisse condizioni di valore sociale, accessibili a tutti senza privilegio” (109).

Nel quadro del costituzionalismo ottocentesco ispirato da Constant e Tocqueville, proprio il concetto di sovranità della nazione consentiva anche a parte della dottrina italiana di teorizzare la contrapposizione tra diritti di libertà o libertà negative e libertà politiche o diritti di partecipazione, e di legare la sovranità nazionale alla “cittadinanza attiva”, risultante dalla restrizione del suffragio. I diritti di libertà erano riconosciuti a tutti indistintamente, l’elettorato attivo e passivo ad una piccola parte, di contro al principio della sovranità popolare che invece rivendicava la coincidenza soggettiva dei diritti fondamentali. Dal canto suo la giuspubblicistica pareva apprezzare solo le “libertà dei moderni” come essenza delle libertà liberali; le “libertà degli antichi”, se portate alle estreme conseguenze del suffragio universale, avrebbero minacciato l’ordinamento

(109) F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, 1901-1909, pp. 118 ss.

liberale oligarchico ⁽¹¹⁰⁾. In questa prospettiva taluni giuristi problematizzavano proprio la nazione come sovrana perché espressione delle forze sociali “migliori”; la classe politica veniva a coincidere con il risultato di una selezione di “capaci” ⁽¹¹¹⁾.

Un'opera del Miceli, dedicata proprio al tema della sovranità e allo Stato come sintesi organicistica della società, era particolarmente esplicita sul punto della rappresentanza statale, legata a quella sociale per il tramite dei “capaci”; “nell'aspetto più propriamente giuridico” la sovranità era definita come la “risultante delle forze che dispiegano i capaci... come si sviluppa e trasforma nei vari tempi e presso le differenti nazioni” ⁽¹¹²⁾. Del resto nel pensiero di diversi giuristi l'idea della nazione come luogo della coesistenza degli individui, da cui il “diritto” traeva una sua “unità” ⁽¹¹³⁾, era utilizzata soprattutto per valorizzare il modello di Stato liberale rappresentativo proprio in virtù del principio della sovranità nazionale. Ad esempio il Contuzzi, costituzionalista autore di lavori dedicati anche a temi di diritto internazionale, immetteva nella riflessione giuspubblicistica la teoria manciniana della “nazione personalità naturale”; su questa si elevava “la personalità politica dello Stato”, visto in “connessione intima con la nazione”, che dello Stato costituiva poi la “base vera”: “la sovranità né risiede nell'individuo, né in una delle varie classi sociali, ma in tutto il corpo sociale, quindi nell'universalità dei cittadini, e più precisamente nella nazione” ⁽¹¹⁴⁾. Pertanto “lo Stato retto da regime rappresentativo” doveva “riconoscere il principio della sovranità nazionale quale che sia la forma di governo, monarchica cioè o repubblicana” ⁽¹¹⁵⁾.

Da sottolineare che nella riflessione dei giuristi sugli “attributi della sovranità” questa era sempre tematizzata come “non assoluta” ⁽¹¹⁶⁾ o “limitata” ⁽¹¹⁷⁾; il riferimento alla nazione pareva il più

⁽¹¹⁰⁾ Sulle questioni legate alla contrapposizione libertà degli antichi-libertà dei moderni cfr. per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, pp. 45 ss.

⁽¹¹¹⁾ E. GARELLI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano*, Torino 1876, p. 23.

⁽¹¹²⁾ V. MICELI, *Saggio di una nuova teoria della sovranità*, Torino-Firenze-Roma, I, 1884, p. 393.

⁽¹¹³⁾ I. BRUNELLI, *Teorica della sovranità*, Ferrara 1898, pp. 220 ss.

⁽¹¹⁴⁾ F. P. CONTUZZI, *Trattato di diritto costituzionale*, Torino 1895, pp. 126-127.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, pp. 138-139.

⁽¹¹⁶⁾ L. PALMA, *Corso cit.*, pp. 10, 151.

adatto a costruire il modello di Stato nazionale basato sulla monarchia rappresentativa, sull'istituzione parlamentare, sul governo costituzionale, chiamati a garantire la "partecipazione degli individui alla sovranità" ⁽¹¹⁸⁾, fino a prospettare, nelle pagine dello Zanichelli, un legame armonico, mai conflittuale, tra nazione e democrazia ⁽¹¹⁹⁾. In questo senso il concetto di nazione sovrana finiva per avvicinarsi a quello di popolo sovrano: il Filomusi Guelfi parlava ad esempio di "popolo-nazione", che, di contro al "concetto atomistico" disegnato dal Rousseau, trovava una sintesi nello Stato. Le "libere costituzioni" erano connotate dalla garanzia della "partecipazione degli individui alla sovranità", che veniva fatta risiedere nell'"organizzazione del popolo"; certo ad esercitare la sovranità, innanzitutto il potere legislativo, non era l'"individuo sovrano", ma il "popolo ordinato politicamente costituito" ⁽¹²⁰⁾.

In questo quadro di costituzionalisti impegnati a coniugare il principio di nazionalità con la valorizzazione delle istituzioni liberali rappresentative non sembra troppo eccentrica la riflessione di un giurista particolare come Pietro Ellero, che proponeva un esplicito tentativo di far combaciare sovranità nazionale e sovranità popolare, nazione e popolo. Ellero sosteneva infatti che la prevalente dottrina, non solo italiana, propugnava la teoria della sovranità nazionale; d'altro canto questa era, a suo avviso, "un tutt'uno colla sovranità popolare. Nel qual caso io non ho punto difficoltà a concedere che si usi pure la voce di nazione, più comortevole oggi, in luogo di

⁽¹¹⁷⁾ A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, s. II, vol. VII, Torino 1896, I, pp. 279 ss. Su questo giurista cfr. la voce di G. D'AMELIO in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XIV, Roma 1972, pp. 636-638; I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la "Biblioteca di Scienze Politiche"*. Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., pp. 193-229; G. CAZZETTA, *Una costituzione "sperimentale" per una società ideale. Modelli giuridico-politici in Attilio Brunialti*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XV, 1986, pp. 307 ss.

⁽¹¹⁸⁾ F. P. CONTUZZI, *Trattato* cit., p. 127.

⁽¹¹⁹⁾ D. ZANICHELLI, *Nazione e democrazia* (1884), in *I liberali italiani dopo il 1860*, Firenze 1934, pp. 153-164.

⁽¹²⁰⁾ F. FILOMUSI GUELF, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, 3^a ed., Napoli 1875, p. 253.

quella tanto abusata di popolo; ed anzi io stesso userò promiscuamente l'una e l'altra per far vedere che non me ne adombro" (121).

Anche Majorana, autore di un'opera che fin dal titolo voleva esplicitare la correlazione tra Stato nazionale e governo rappresentativo, pareva guardare alla sovranità nazionale nei termini di uno "sviluppo" di quella popolare; anche se far risiedere la legittimità dello Stato nel suo carattere nazionale finiva per scongiurare ipotesi politiche più radicali di quelle implicite nel principio del popolo sovrano (122). In questo senso, da un'impostazione ideologica anti-tetica a quella di un Ellero, il Codacci Pisanelli ricercava nel "concetto giuridico formale della sovranità dello Stato" lo strumento per combattere, sul piano politico, l'"impossibile concentrazione della sovranità nelle mani di un solo". L'"idea democratica" della sovranità popolare, con il conseguente allargamento del suffragio e della rappresentanza politica, era indicata come "falsa e sinistra"; la "pseudo dottrina" per la quale "sovrano è il popolo, il quale delega il proprio potere ai suoi rappresentanti, che, a loro volta, lo delegano ad un loro comitato esecutivo. Al vertice della piramide si tollera, come decorazione, una corona, o si invoca un berretto frigio...", doveva essere contrastata nel suo contenere i germi di dissoluzione della costituzione oligarchica. E allora l'ipotesi di una sovranità che aveva "origine" e "risiedeva" nello Stato, e non nella nazione e tanto meno nel popolo, era esplicitamente definita l'"idea giuridico politica" funzionale più di ogni altra alla conservazione delle strutture statuali (123).

Nell'ambito di una dottrina costituzionalistica che voleva sempre guardare alla storia del liberalismo politico europeo per collo-

(121) P. ELLERO, *La sovranità popolare*, Bologna 1886, p. 31. Su Ellero cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale (1883-1912)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", III-IV, 1975, p. 576; ID., *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, Milano 1976, pp. 60 ss.

(122) A. MAJORANA, *Lo Stato nazionale e il governo rappresentativo*, Bologna 1883, p. 121. Cfr. anche ID., *Del principio sovrano nella costituzione degli Stati*, Roma 1886. Su questo giurista M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando e le prime riviste della giuspubblicistica italiana (1891-1903)*, ora in *La scienza del diritto pubblico* cit., I, pp. 218 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 3. *La civiltà liberale* cit., p. 225.

(123) A. CODACCI PISANELLI, *Il dogma della sovranità popolare* (1890), in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900, pp. 109 ss. Anche sul Codacci Pisanelli considerazioni in M. FIORAVANTI, *Vittorio Emanuele Orlando* cit., pp. 222 ss.

carvi il modello italiano, il tema della sovranità della nazione, ben distinta da quella dello Stato e del popolo, trovava nelle pagine di Attilio Brunialti la ricostruzione più compiuta: “la sovranità spetta alla nazione, al popolo organizzato in forma di Stato e secondo le leggi di questo organismo. La distinzione è chiara in Sismondi, che ammette la sovranità nazionale e combatte la popolare; lo è meno per i tedeschi, che adoperano la stessa parola, Volkssouveränität” (124).

Da qui la riconduzione della realtà costituzionale italiana sviluppatasi a partire dallo Statuto albertino alla “vera democrazia”, e la legittimazione della sovranità nazionale sul piano del diritto e della politica: “noi siamo politicamente una vera democrazia, perché la nazione è sovrana, il governo è nelle mani dei governanti, e l’interesse del maggior numero è garantito dalla volontà del maggior numero” (125).

La formula dello Stato “personificazione della Nazione” — che Brunialti voleva indicata per tutti dal Bluntschli, e che diceva esser proposta in Italia in modo emblematico dall’opera di Orlando — era criticata in nome della concezione di uno Stato che non doveva esser pensato nei termini di un “organo superiore agli altri in esso contenuti”. D’altro canto il direttore della *Biblioteca di Scienze Politiche* condivideva la “preoccupazione”, espressa soprattutto dagli “scrittori tedeschi”, di “dare alle istituzioni politiche un fondamento giuridico”, come di consueto definito “solido”, in quanto non soggetto alle oscillazioni della “politica”. Del resto Brunialti era ben consapevole dei “timori e ostilità suscitati dagli eccessi della democrazia e dal desiderio di conciliare la dottrina della sovranità della nazione collo Stato nazionale”, preoccupazioni queste che in fondo condivideva; di fronte all’emergere della questione sociale il giurista vicentino guardava infatti alle “masse” in termini di minaccia per la stessa esistenza della costituzione liberale oligarchica (126).

L’approccio non formalistico del metodo del Brunialti, teso a

(124) A. BRUNIALTI, *Programma delle lezioni del corso di diritto costituzionale*, Torino 1882, p. 135.

(125) ID., *La vera democrazia*, in “Rassegna Nazionale”, 1893, p. 627.

(126) ID., *Libertà e democrazia. Studi sulla rappresentanza della minorità* (1870), Milano 1880, pp. 439 ss.

raccordare società e istituzioni, finiva insomma per convergere con i risultati del formalismo nell'assolutizzare la razionalità del diritto pubblico esistente; anche se il giurista vicentino ripeteva che lo Stato non doveva essere concepito come un "ente a sé stante", dal momento che "vive della vita dei cittadini". Pertanto la formula della sovranità della nazione, intesa, citando il Palma, come "popolo ordinato a Stato nelle forme ed entro i limiti che la costituzione determina", era ritenuta dal Brunialti la più adatta alternativa alle "esagerazioni della sovranità popolare". La lezione della storia indicava infatti che l'idea della nazione sovrana aveva offerto il contributo più adeguato alle "ragioni che determinarono la formazione dello Stato italiano"; e per il futuro la teoria della sovranità della nazione avrebbe consentito di offrire stabilità al quadro politico del Regno, dal momento che "soltanto nell'espressione organica della volontà nazionale gli Stati moderni hanno potuto durevolmente consistere e fondare le loro istituzioni" (127).

La prospettiva organicistica di un nesso tra Stato e nazione era riproposta anche nella riflessione sulla genesi dello Stato italiano, con la definizione dello Statuto come sorta di momento costituente, voluto all'atto dell'unificazione con i plebisciti. Questi avevano fondato la carta del 1848 su un "patto nazionale"; in tal modo la "volontà della nazione" (128) aveva trovato il suo sviluppo e fondato quello Stato liberale "organico, volontario, nazionale, come pochi altri al mondo", tanto spesso esaltato dal Brunialti (129). Sul tema nevralgico della nascita dello Stato nazionale questo giurista assumeva dunque una posizione diversa da quella che sarà poi la tendenza, definita soprattutto da Santi Romano, e ben presto prevalente nella giuspubblicistica, a non far dipendere l'origine dello Stato italiano da "*una decisione*" (130).

D'altro canto la priorità accordata anche dal Brunialti al bisogno

(127) A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica* cit., pp. 265-278.

(128) ID., *La costituzione italiana e i plebisciti*, in "Nuova Antologia", LXVII, 1883, pp. 323 ss.

(129) ID., *Il diritto costituzionale e la politica* cit., p. 236.

(130) "Nella prospettiva di Romano, affermare che alla base della nostra storia costituzionale nazionale non vi era una vera e propria autonoma decisione in senso costituente non significava affatto fornire un'immagine di debolezza e subalternità dello Stato unitario; al contrario, quello Stato si era mantenuto forte e vitale proprio perché

di rafforzare “le istituzioni” col “sottrarre l’amministrazione dello Stato alle vicende della politica” ⁽¹³¹⁾, percepita come sede del conflitto e dell’incertezza, sembrava far propendere l’opzione del giurista vicentino verso la teoria dello Stato giuridico, al di là delle polemiche con l’Orlando e con la sua pretesa di ridurre la complessità dell’analisi della scienza costituzionale all’esclusivo ordine del diritto. La nazione definita dal Brunialti aveva infatti caratteri assai vicini a quelli del “popolo” presente ad Orlando; anche se la nazione brunialtiana risaltava per un deciso elemento volontaristico, perché espresso attraverso i plebisciti, questo suo carattere differenziale finiva per stemperarsi nell’inserimento negli schemi rigidi di uno Stato che ricomprendeva in maniera organica, e quindi forzatamente “armonica”, tutta la volontà della nazione.

Inoltre, al di là delle critiche della formula della sovranità dello Stato offerta da Orlando, anche la teoria della sovranità nazionale costruita dal Brunialti somigliava molto a quella proposta dal giurista siciliano, e che il direttore della *Biblioteca di Scienze politiche* definiva “artificiale”. Il dato comune a Brunialti come ad Orlando risiedeva infatti nell’assoluta preminenza accordata allo Stato, ove la volontà nazionale veniva immessa senza aver però possibilità di incidere sui contenuti della sovranità.

Di fronte all’accentuarsi delle divisioni della società civile, e all’incrinarsi dell’armonia politica del modello costituzionale italiano, il Brunialti guardava allo Stato e alla legge nei termini di argini all’irrompere della questione sociale; il profilo garantista delle teorie del giurista vicentino, volto alla tutela delle istituzioni liberali, era debole e subalterno di fronte all’immagine forte da lui stesso proposta di uno Stato “giuridicamente obbligato soltanto dalla propria volontà” ⁽¹³²⁾.

In età giolittiana il concetto di nazione serviva ancora a Brunialti per disegnare un modello in cui, nel consueto rapporto tra società e Stato, si poneva un’enfasi particolare sullo “Stato amministrativo”, concepito come luogo dell’autorità e imparzialità di contro alla

non dipendeva, già nella sua origine, da un atto volontario, da *una decisione*”. Così M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato* cit., p. 9.

⁽¹³¹⁾ A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica* cit., p. 122.

⁽¹³²⁾ *Ibid.*, p. 291.

politica, vista, ancora una volta, in termini di instabilità, aggravata da quelli che da tempo erano stati definiti come “mali del parlamentarismo”: “L’Italia è uno stato nazionale, volontario, organico... la nazionalità nostra è scritta a caratteri indelebili nella geografia e nella storia e venne volontariamente cementata coi plebisciti” (133).

Ma nel pieno della “crisi dello Stato moderno” il polo nazione era destinato ad apparire sempre più subalterno all’autorità dello Stato e della legge, coerentemente peraltro con la tendenza della giuspubblicistica a porre l’esigenza della conservazione delle strutture statuali al centro di ogni considerazione: nel 1920 Brunialti non ricercherà più la tutela dell’armonica società liberale e dello Stato “monoclasse” in virtù della mediazione tra libertà e autorità, ma con l’esaltazione della “forza dello Stato” contro gli “elementi più dissolventi della vita nazionale” (134).

In definitiva, anche se i profili individualistici del modello liberale erano per così dire occultati dall’ossessivo impianto organica, nella giuspubblicistica post-unitaria l’intreccio tra la nazione — seppur “organata” a Stato — e la Costituzione serviva a costruire e legittimare l’immagine dell’ordinamento: basti pensare all’impegno dei giuristi nel simboleggiare nello Statuto la missione unificante attribuita al Re, posto a capo dell’intera nazione italiana; nell’avvalorare il voto plebiscitario come momento unitario della nazione stessa; nel disegnare il parlamento come espressione dell’intera nazione, che i deputati rappresentavano senza vincolo di mandato; nel definire l’amministrazione come strumento in grado di unificare popolazioni fino ad allora afflitte da un particolarismo estraneo ad uno Stato moderno; nel dare legittimazione ad un esecutivo nominato dal Re, suffragandone l’attività proprio in nome della nazione. Non per caso dunque nel lessico post-unitario si aggiungeva l’aggettivo nazionale ai sostantivi che indicavano gli istituti più qualificanti del diritto pubblico, con allusioni frequenti alla monarchia nazionale, al parlamento nazionale, al governo nazionale (135).

(133) A. BRUNIALTI, *Il diritto amministrativo italiano e comparato nella scienza e nelle istituzioni*, Biblioteca di scienze politiche, s. II, IV, Torino 1912, I, p. 15.

(134) ID., *Lo Stato democratico dopo la guerra*, Torino 1920, pp. 57 ss.

(135) Rileva il dato C. GHISALBERTI, *Nazione e Costituzione*, in *Nazione e nazionalità in Italia* cit., p. 168.

La dottrina alla ricerca di una legittimazione del modello statale chiamava infatti in causa la nazione, anche se l'opzione ideologica dei singoli giuristi non poteva non condizionarne l'analisi, in primo luogo quella sulla sovranità nazionale: a qualcuno serviva a combattere quella popolare, da cui l'enfasi riposta sui rappresentanti politici "capaci", perché risultato di una selezione destinata a connotare un modello di costituzione oligarchica; qualcun altro era portato invece a guardare alla sovranità nazionale nei termini di sovranità popolare, per la coincidenza organicistica di nazione e popolo; a taluni il riferimento alla nazione sovrana era ineludibile per trovare un solido fondamento delle istituzioni liberali, in primo luogo del governo rappresentativo.

Ma nonostante i tentativi di allargare l'orizzonte della giuridicità al di là dello Stato e delle norme del diritto positivo, problematizzando appunto concetti come nazione, ma anche popolo, poco di frequente società, il centro vitale dell'analisi dei giuristi definiti come appartenenti all'indirizzo storico-politico risiedeva in una rigida visione organica Stato-nazione, nello sforzo di ridurre ad una meccanicistica sintesi unitaria i mutevoli indirizzi politici e i contrasti sociali. In questo quadro l'approccio al tema della nazione di un Palma, di un Miceli, di un Brunialti, pur ascritti alla giuspubblicistica non "orlandiana", finiva per esser molto simile a quello dettato alla scienza giuridica dalla svolta formalistica. L'elemento comune ai diversi "indirizzi" pareva infatti risiedere nel porre al centro dell'analisi lo Stato, e nel legare pertanto la giuridicità della nazione al pensarla come Stato, in termini più precisi "organata a Stato".

Pur a partire da scelte metodologiche differenti, la riflessione della giuspubblicistica liberale era infatti accomunata dallo sforzo teso alla conservazione perenne della razionalità della costituzione oligarchica; in questo senso si cercava proprio nella nazione e nel principio di nazionalità il delicato equilibrio fra legittimità monarchica e legittimità rappresentativa dello Stato italiano, in una versione moderata che aveva lasciato fuori teorizzazioni mazziniane e opzioni federalistiche. Dal connotato "nazionale" il Regno d'Italia aveva insomma ricevuto una sorta di mito di fondazione del suo stesso essere Stato legittimo, come parrà riconoscere proprio Or-

lando, nel riproblematizzare, verso la fine degli anni trenta del Novecento, la “formazione del nuovo Stato nazionale” (136).

4. *L’“equivalenza” di Stato, popolo, nazione e il “diritto nazionale”.*

Se il pensiero di Orlando si collocava nel quadro della tradizione costituzionalistica politico-giuridica liberale, è stata sottolineata anche la radicale svolta che il maestro siciliano, in nome della distinzione tra “ordine giuridico” e “ordine politico”, imprimeva alla giuspubblicistica sul piano del metodo, coll’offrire un contributo determinante alla costruzione dello Stato italiano in forma di Stato di diritto (137). Di recente la penetrante analisi di Paolo Grossi ben ha sorpreso una sorta di “sdoppiamento” tra l’Orlando cultore del diritto pubblico generale e disegnatore di schemi di teoria giuridica intrisi di storicismo savignyano, e l’Orlando consolidatore dello Stato nazionale, cui sapeva offrire “la legittimazione più forte che il soggetto Stato potesse conseguire” (138).

A conferma della complessità e ricchezza di una duratura presenza scientifica, decisiva per la dottrina italiana, lo stesso Orlando, in quel suo frequente ripensare a lavori ormai lontani nel tempo, nel 1940 ripresentava, per “probità intellettuale”, un suo “antico e spenceriano” (139) “scritto libero d’ogni freno”, dove, in sostanza, mostrava un’indubbia continuità con i motivi problema-

(136) Così V. E. ORLANDO, *Regno d’Italia (formazione del)*, già nel *Nuovo Digesto italiano*, poi, con nota aggiornata redazionalmente, ove si descrive anche il dibattito sulla formazione del Regno d’Italia da Anzillotti a Romano, in *Novissimo Digesto italiano*, XV, Torino 1968, p. 239. Questo scritto, col titolo *Sulla formazione del regno d’Italia*, era riproposto in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Milano 1940, p. 237. Da sottolineare che Orlando vi sosteneva la tesi della “novità” dello Stato italiano, rispetto a quella della continuità col Regno di Sardegna, pure prevalente in dottrina, e da lui stesso ammessa in ID., *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1889, particolarmente pp. 45 ss.

(137) Cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, particolarmente pp. 99 ss.; L. MANGONI, *Giuristi e politica cit.*, pp. 340; P. COSTA, *La giuspubblicistica cit.*, pp. 106 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione cit.*, pp. 9 ss.; P. COSTA, *Civitas cit.* 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 227 ss.

(138) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana cit.*, p. 70.

(139) Su Spencer, cui la giuspubblicistica italiana dedicava tanta attenzione, cfr. ora P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 36 ss.

tizzati da quella costituzionalistica “politica” dalla quale, di lì a poco, avrebbe preso le distanze.

Il tema della “sovranità popolare” vi era preso in considerazione per sottolineare che per “popolo” non si doveva intendere la “stentata creazione metafisica di G. G. Rousseau”, l’“aggregato meccanico di tanti individui tutti uguali fra loro... unità aritmetica”: il “concetto organico dello Stato”, ritenuto “fondamentale nel diritto pubblico moderno”, consentiva ad Orlando di guardare allo Stato come all’“organismo della Nazione” (140).

In seguito, nell’ambito della teoria dello Stato persona giuridica, l’Orlando che ben aveva appreso la lezione del Savigny, in misura ben maggiore del concetto di “nazione” chiamava in causa quello di “popolo”, popolo che peraltro finiva per essere riconsiderato in una prospettiva statocentrica innanzitutto sul terreno della sovranità, di cui non poteva essere titolare altri che lo Stato. Infatti i *Principi di diritto costituzionale* elencavano varie “teorie fondamentali della sovranità che hanno tutt’ora rappresentanti e difensori”: la “teocratica”, la “legittimista”, la “radicale”, quella “liberale”; quest’ultima, per Orlando, “all’espressione di sovranità popolare” aveva sostituito quella di “sovranità nazionale”, che risiedeva “nel popolo, ma concepito come un tutto giuridicamente organico”.

Tutte queste dottrine erano comunque messe in discussione per il loro “confondere il contenuto intrinseco della nozione di sovranità con le forme eventuali con cui essa si esercita o può esercitarsi”; la distinzione dell’“ordine giuridico” dal “politico” imponeva di guardare a ciascuna di queste “teorie” come ad una “teoria politica delle forme di governo” — dell’autore la sottolineatura, ad indicare l’importanza del passaggio — inidonea a costruire il “contenuto” giuridico della sovranità, definita invece come “manifestazione esterna della vita giuridica dello Stato”, che non aveva bisogno di “giustificazione”.

Anche se per Orlando lo Stato, e solo lo Stato, era sovrano perché luogo dell’autorità, porto immune dalla mutevole “volontà popolare”, sul terreno del “fondamento” della sovranità i *Principi di diritto costituzionale* sembravano non poter rinunciare ad una con-

(140) V. E. ORLANDO, *Delle forme e delle forze politiche secondo H. Spencer* (1881), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano 1940, p. 555.

siderazione anche politica: il giurista siciliano dichiarava esplicitamente di “avvicinarsi alla teoria liberale”; e sottolineava che la sovranità riposava nella “coscienza collettiva del popolo, in un sentimento uniforme che nasce dall’indole giuridica, dai precedenti storici”.

A detta dello stesso Orlando la differenza tra la sua impostazione e la “teoria liberale” voleva dunque essere ben evidente sul piano dell’esclusione dell’“elemento volontario che in quella è dominante”; l’ipotesi contrattualistica era ancora una volta respinta, perché reputata instabile nel suo affidare la costruzione dello Stato alla volontà mutevole del popolo. Il costituzionalista siciliano era insomma disposto ad ammettere che “quella coscienza popolare su cui fondiamo il diritto in generale e la sovranità in particolare è l’effetto di una determinazione storica”; ma a suo avviso la rappresentazione e legittimazione dello Stato sovrano non avevano bisogno di giustificazione ⁽¹⁴¹⁾.

Il concetto di nazione era chiamato in causa in un altro passaggio importante del pensiero di Orlando, a proposito della definizione dei caratteri del governo rappresentativo. Nella riflessione sulla rappresentanza politica il costituzionalista siciliano si richiamava infatti ad *On representativ Government* del “ben grande” Stuart Mill — che aveva segnato anche le pagine del Palma, del Mosca, del Brunialti — ed affermava che “il governo rappresentativo significa che la *nazione intera* o quanto meno una parte importante di essa esercita, pel tramite dei deputati che nomina periodicamente, il potere supremo”. Orlando era dunque ben consapevole della “grande forza” di questa dottrina, che riteneva giustificata anche dalla sua “semplicità”; e sottolineava in che misura le “costituzioni moderne” avessero posto al centro del sistema la nazione in virtù della formula “i deputati rappresentano la nazione”, escludendo il “mandato politico”.

Dalla discussione di queste teorie, ma soprattutto dal compito assegnato alla scienza del diritto pubblico di trovare un “fondamento giuridico” all’istituto della rappresentanza “politica”, per Orlando nasceva la necessità di definire la rappresentanza stessa con la formula “designazione dei migliori”, preferita al concetto della

⁽¹⁴¹⁾ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1889, pp. 45-47.

“delegazione dei poteri tra elettori ed eletti”. Per il giurista siciliano era infatti essenziale dimostrare che “il popolo o la nazione non sono depositari della sovranità dello Stato”, dal momento che una coerente lettura del pensiero del Rousseau sulla continuità sostanziale tra “popolo” e Camere avrebbe finito per comportare una separazione tra sovranità del popolo ed esercizio del potere legislativo; mentre anche una versione più “moderata” della teoria della sovranità popolare avrebbe consentito di configurare la delega da parte del popolo alle Camere come al proprio rappresentante.

Per Orlando quest’ultima tesi finiva per far risiedere la sovranità solo in una “parte dello Stato” — le Camere — con un assurdo “frazionamento”; o pretendeva di far derivare dal popolo sovrano tutta la sovranità, e quindi anche il potere esecutivo e giudiziario, con “conseguenze” inaccettabili per il “diritto pubblico moderno” (142). In altri termini, fondare lo Stato rappresentativo sulla teoria della sovranità popolare non instaurava un rapporto tra popolo e Stato, ma fra popolo ed una parte dello Stato; ma soprattutto pareva errato guardare allo Stato come ad un mezzo per realizzare la volontà del popolo, che dello Stato orlandiano era la “forza poderosa e latente che sorregge l’intero impianto dello Stato, per scomparire non appena lo Stato diviene il punto di origine della rappresentazione del politico” (143).

L’attribuzione della sovranità allo Stato, e solo allo Stato, consentiva ad Orlando di costruire un governo incentrato non sulla sovranità assoluta delle Camere, risultato conseguente di una scelta tesa a far sì che gli “elettori riunissero in loro stessi tutta la sovranità”, ma uno schema di sovranità “frazionata”, adeguata ad un modello liberale; da una democrazia “radicale”, tra l’altro, sarebbe scaturita l’“impossibilità” di realizzare l’indipendenza del potere esecutivo e giudiziario.

Per Orlando, allora, l’espressione “sovranità popolare”, “così seducente, ma così equivoca”, doveva essere intesa nel senso di un dover ricondurre lo Stato di diritto italiano nello schema dello “Stato moderno rappresentativo”: “il miglior modo d’intendere, nel

(142) ID., *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), ora in *Diritto pubblico generale* cit., pp. 401-409.

(143) P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., p. 158.

loro significato moderno, le espressioni di ‘popolo’ e di ‘nazione’ consiste nel considerarle come equivalenti, in sostanza, della parola ‘Stato’, poiché è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica” (144).

Questo passaggio sulla sovranità appartenente allo Stato, e non al popolo, parrà consentire ad Alfredo Rocco di rivendicare una continuità della sua teoria circa un “forte” Stato sovrano con uno dei concetti chiave costruiti dalla giuspubblicistica liberale (145). In realtà, al di là delle rappresentazioni del guardasigilli del regime, il pensiero di Orlando era ben calato nei problemi del suo tempo, era volto alla difesa del carattere giuridico dello Stato italiano e del modello parlamentare oligarchico in particolare; questo il motivo dell’opposizione del giurista siciliano ad una trasformazione del potere legislativo in senso radicalmente democratico, che avrebbe imposto la necessità di una nuova costruzione e legittimazione di tutto il sistema del diritto pubblico nazionale. Il rifiuto, ricorrente nella giuspubblicistica liberale, del carattere atomistico e individualistico della sovranità popolare serviva a dare fondamento alla nozione di “rappresentanza dello Stato... perché è nello Stato che il popolo trova la sua espressione come unità giuridica”; l’identificazione popolo-Stato, la definizione dell’elezione come designazione di capacità al posto dell’idea della delegazione di poteri fra elettori ed eletti, serviva a difendere il carattere parlamentare dello Stato moderno (146).

In altri termini, l’affermazione del connotato “generale” della classe dirigente liberale era tesa a dimostrare la sua capacità di rappresentare gli interessi di tutto il paese, per essere estranea agli eccessi della parte reazionaria e di quella democratica, immune da tentazioni particolaristiche e dedita al bene comune. Pertanto coerentemente con i canoni del liberalismo politico, anche i partiti, le

(144) V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), pubblicato in lingua francese sulla “Revue de Droit Public et de la science Politique”, ora in *Diritto pubblico generale* cit., p. 440.

(145) A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma 1927, p. 18; nello stesso senso sosteneva la continuità tra le tesi orlandiane e le teorie del Rocco l’allievo dell’Orlando S. ROMANO, *recensione* su “Archivio Giuridico”, XCIX, 1928, pp. 234 ss.

(146) V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* cit., pp. 345 ss.

“forze politiche di una nazione”, erano tematizzati da Orlando come “grandi correnti di idee relativamente alla direzione della cosa pubblica”, strumenti non di interessi di parte, ma mezzi per il buon funzionamento della rappresentanza, alla cui “decadenza”, “che incombe grave e minacciosa, sulla maggior parte degli Stati moderni”, si poteva rimediare proprio in virtù della “selezione dei capaci per affidar loro l’esercizio delle più alte funzioni della vita pubblica” (147).

Su un piano più generale la svolta metodologica e il sotteso approdo statocentrico erano imposti dal compito storico della costruzione dello Stato italiano in forma di Stato di diritto; Orlando chiamava la scienza giuridica ad assolvere a questa sorta di missione con parole solenni e giustamente famose nell’evocare “un diritto nazionale” (148). La teoria dello Stato-persona, col suo implicito statocentrismo, sembra dover esser iscritta in questa prospettiva di ricostruzione giuridica strumentale all’edificazione dello Stato e del diritto nazionale; popolo e nazione trovavano la necessaria condizione di unità nello Stato sovrano, che, dopo il tramonto dell’idea giusnaturalista, riconosceva e tutelava i diritti liberali non degli individui in quanto tali, ma in quanto la legge, massima espressione dell’autorità dello Stato sovrano, quei diritti riconosceva e tutelava. Del resto affidare i diritti alla legge dello Stato significava renderli più stabili, col non lasciarli in balia di precarie maggioranze politiche del momento; la legge, per la concezione liberale di stampo storicistico, codificava quel che era radicato nell’ordine profondo della collettività, e non in quello più aleatorio di una data maggioranza momentanea. Per Orlando la legge era un atto di necessaria razionalità che affondava le sue radici nella storia; pertanto il legislatore

(147) V. E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico* cit., p. 456.

(148) “Noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di un’idea, ma della sovranità dei poteri costituiti, non dei diritti dell’uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva... Quest’unità di Stato, così lungamente desiderata, non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva della vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale”. Così V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in *Diritto pubblico generale* cit., p. 21; sull’importanza della prolusione palermitana per tutti cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 134 ss.

che comprimeva le libertà oltre il limite percepito come invalicabile dalla coscienza della nazione, si condannava ad esser passibile dell'atto di resistenza, come insegnava quella *Glorious Revolution* che per il giurista siciliano era stata capace di restaurare la legalità infranta⁽¹⁴⁹⁾.

In seguito, nella prefazione alla traduzione italiana dell'opera di Jellinek — destinata a far molto e a lungo discutere la giuspubblicistica, anche italiana, sulla formula dell'autolimitazione dello Stato⁽¹⁵⁰⁾ — Orlando sviluppava queste argomentazioni nella garantistica prospettazione dei “diritti pubblici soggettivi”, col ribadire che “quando uno Stato positivo stabilisce il suo ordinamento si muove entro limiti preordinati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo”⁽¹⁵¹⁾. Anche nei *Principi di diritto amministrativo*⁽¹⁵²⁾ il riconoscimento dell'antitesi tra società e Stato poteva esser superata in virtù della preminenza dello Stato, che, nella sintesi del diritto, era in grado di ricomporre i problemi sollevati dalla nuova realtà politica, economica e sociale delineatasi

⁽¹⁴⁹⁾ V. E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino 1888, poi in *Biblioteca di scienze politiche*, V, Torino 1890, pp. 919 ss. Il contributo di Orlando alla tutela delle libertà era riconosciuto anche da chi non condivideva appieno la concezione orlandiana della sovranità dello Stato: cfr. L. MINGUZZI, *Il limite delle attività avverse alla Costituzione*, Milano 1899, pp. 88 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. almeno M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* cit., pp. 391 ss.; G. ROEHRSEN, *Il diritto pubblico verso la 'teoria generale' di G. Jellinek*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica moderna”, VI, 1976, pp. 251 ss.; M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, *ibid.*, XII, 1982, pp. 79 ss.; ID., *La lotta del 'nuovo' diritto contro il 'vecchio'*. Georg Jellinek pensatore della modernità, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XXVII, 1998, pp. 117-149.

⁽¹⁵¹⁾ V. E. ORLANDO, *Sulla teoria dei “diritti pubblici subiettivi” di Jellinek* (1911), ora in *Diritto pubblico generale* cit., p. 282. Analoga impostazione del tema in S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V. E. ORLANDO, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano 1900, pp. 117 ss. Parla di “autori autenticamente liberali come Jellinek e Orlando”, in cui l’“idea di uno Stato forte e maestatico” si coniugava con la scelta di non “rinunciare alle orlandiane guarentigie della libertà”, P. COSTA, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione “archeologica”*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. ZOLO, Roma-Bari 1994, p. 80.

⁽¹⁵²⁾ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze 1891; la nozione di scienza del diritto amministrativo è indicata come il “sistema di quei principi giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini” — dell'autore il corsivo — p. 17. Su quest'opera G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 150 ss.

in Italia tra Ottocento e Novecento in un'organica coesistenza di Stato, società e individuo. Il crescente intervento dello Stato nella società imponeva alla scienza giuridica la costruzione scientifica delle forme in cui si disponeva l'esercizio del potere statale, e le garanzie dovevano essere iscritte soprattutto nel nucleo nevralgico dell'amministrazione. In altri termini, la risposta alla crisi dello Stato liberale poteva risiedere proprio nello "Stato giuridico" (153).

Di fronte all'estensione dell'attività dello Stato moderno con un'ingerenza sempre più complessa, che andava ben oltre i confini della tutela del diritto, Orlando riproponeva il principio della sovranità e originarietà dello Stato, in grado di superare nella "sintesi compositiva del diritto" i conflitti tra individui e classi sociali, l'individualismo e il socialismo di Stato (154). Ma la forma di Stato propugnata dal maestro siciliano presupponeva una società omogenea, scarsamente conflittuale, non scomponibile in interessi organizzati o in partiti; il progetto liberale di governo che ruotava attorno alla classe media dei "capaci" era legato ad un modello di Stato italiano che era cresciuto con la teoria orlandiana, ma che le trasformazioni istituzionali e un mutato clima generale ben presto avrebbero messo in crisi (155).

Nonostante l'impianto individualista dello Stato e del diritto che segnava il pensiero di Orlando, il suo insegnamento era destinato a improntare la "scuola giuridica nazionale" anche sul terreno di una "teoria giuridica della nazione": in un denso saggio di Benvenuto Donati popolo e nazione venivano identificati per rappresentare solo un elemento costitutivo dello Stato, ben distinto nella sua persona-

(153) "La portata dello Stato giuridico consiste... nell'introduzione di norme che circondano di limiti e di garanzie l'esercizio di questo pubblico potere... il rapporto tra Stato e individuo è pur sempre un rapporto tra soggetto e soggetto: è quindi un rapporto giuridico nel più vero e perfetto senso di quest'espressione". Così V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo Trattato cit.*, p. 40.

(154) V. E. ORLANDO, *L'ingerenza sociale dello Stato, nella dottrina e nelle costituzioni moderne* (1887), ora in *Diritto pubblico generale*, pp. 153 ss.

(155) Sulla "semplicità perduta" e sulle risposte offerte dalla dottrina, che lucidamente coglieva questo snodo dell'esperienza giuridica tra Otto e Novecento cfr. ora P. GROSSI, *Scienza giuridica cit.*, pp. 119 ss.

lità⁽¹⁵⁶⁾. Nello stesso senso per Ranalletti alla nazione si poteva riconoscere solo la rilevanza di “concetto etnico-sociale”: dal momento che ricomprendeva quegli “individui che per unità di razza, storia, tradizioni, lingua, religione ecc. formano un solo gruppo”, la nazione era posta su un altro piano rispetto allo Stato, era intesa nel senso di “popolo ordinato sopra un territorio sotto un potere supremo d’impero”⁽¹⁵⁷⁾.

Ma soprattutto la prospettazione orlandiana della sovranità dello Stato, e della rappresentanza politica che non riceveva la sua legittimazione dalla nazione intesa come corpo elettorale, ma che trovava il suo fondamento giuridico nel centro statale, pareva destinata a esercitare un ruolo decisivo nella scienza del diritto pubblico, col determinare, tra l’altro, l’espulsione dei concetti di sovranità popolare e nazionale dalle pagine della giuspubblicistica italiana⁽¹⁵⁸⁾. Già alla fine dell’Ottocento Santi Romano poteva infatti annoverare il “prescindere dalla teoria della sovranità popolare o nazionale” tra i risultati dello “sviluppo che, lentamente ma ormai trionfalmente, si è dato alla dommatica del diritto pubblico”⁽¹⁵⁹⁾.

Proprio sul tema nevralgico della sovranità diversi giuristi riprendevano dunque i motivi anti-contrattualistici ed anti-individualistici sviluppati soprattutto da Orlando, e guardavano allo Stato e alla nazione come a dei “termini correlativi”. L’ampia monografia del cultore del diritto amministrativo Luigi Raggi ci sembra offrire la

(156) B. DONATI, *Lineamenti di una teoria giuridica della Nazione*, in “Archivio giuridico”, LXXIX, 1907, pp. 171 ss.

(157) O. RANELLETTI, *Diritto costituzionale*, Pavia 1917-1918, p. 20. Su Ranalletti cfr. tra gli altri G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 230 ss.; M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato* cit., pp. 433 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica* cit., p. 70.

(158) Sull’“eclissi che l’idea di sovranità popolare subisce nella tradizione giuspubblicistica italiana... lunga e che si interrompe sostanzialmente solo con l’affermarsi della Costituzione vigente e con una conseguente ripresa d’interesse (parziale comunque, non unanime) per una nozione così politicamente pregnante”, cfr. P. COSTA, *La giuspubblicistica* cit., p. 114. La vicenda del “ritorno” della sovranità popolare nell’arsenale del giurista, ad opera del Crisafulli, è accolta peraltro da distinguo e riserve, può esser seguita col ricorso alle fonti citate in V. CRISAFULLI-D. NOCILLA, *Nazione* cit., pp. 812 ss.

(159) S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898) in *Scritti minori*, Milano 1950, I, p. 2.

ricostruzione più compiuta della teoria di una sovranità che, in discontinuità con le precedenti dottrine, definite “politiche”, si voleva problematizzare nei termini di un “istituto puramente giuridico”. Quasi a segnare un punto fermo sul tema, questo autore premetteva, orlandianamente, che “qualunque idea voglia aversi della sovranità, è certo che la stessa è un concetto connesso eminentemente con lo Stato, e con il suo diritto, il diritto pubblico”.

Raggi riproponeva dunque la distinzione “ordine giuridico”- “ordine politico” nel ripercorrere talune dottrine, definite “extra statuali”, dal momento che guardavano ad una sovranità “fuori dello Stato” — perché riposta nel popolo, nella nazione, nella ragione — e che l’autore liquidava come “politiche”; e dottrine gratificate invece della qualifica di “giuridiche”, dal momento che ritenevano titolare della sovranità “lo Stato, il diritto, il dominante”. Per Raggi queste ultime teorie erano le sole ad avere “rilevanza per il diritto, formulate considerando la sovranità come istituto puramente giuridico”.

Ma anche tra le dottrine che consideravano la sovranità come “un istituto vivente e operante nello Stato”, il Raggi prendeva le distanze da quelle “politiche”, che non guardavano “a chi compete il comando”, ma “a quali forze sociali cui si ritiene debba spettare... di produrre quegli organi investiti di questo sommo potere... non a chi il potere compete secondo l’ordinamento positivo, ma quali idee, tendenze, bisogni sociali rappresentano coloro che in forma dell’ordinamento positivo esercitano il potere”. La prospettiva metodologica indicata da queste ultime teorie era stigmatizzata come “sociologica, non giuridica”, dal momento che non poneva al centro del discorso gli “organi giuridici”, ma le “forze morali e sociali”; e nel novero dei “teorici della sovranità nazionale italiani” Raggi ricordava giuristi come Mancini, Mamiani, e poi Miceli, Palma, Brunialti, Ellero. A tutti costoro replicava che il popolo, la nazione, la ragione, non esprimevano concetti “giuridici”, ma “astrazioni politiche”; citando espressamente proprio Orlando, Raggi ripeteva che queste teorie avevano confuso il “contenuto” della sovranità con le sue possibili “forme”.

Al più l’approccio che non rispettava la separazione tra “ordine giuridico” e “ordine politico” poteva esprimere l’esigenza di un “governo rappresentativo congegnato in modo che ai governati sia

lecito d'influire sul suo andamento"; governati che però non dovevano essere identificati con "minoranze faziose, forze brutali, violente e demagogiche", ma con la "società ordinata in modo normale" (160). Del resto nell'ottica del Raggi la valenza liberale del principio della sovranità popolare o nazionale passava inosservata, anche per un'indubbia propensione ideologica di questo giurista, poco interessato ai profili garantisti del pensiero di Orlando, cui riconosceva invece l'opzione di aver voluto fondare uno Stato "tenuto ad osservare il diritto da esso posto... che si debba muovere nei limiti del diritto" (161).

La scelta di riporre la sovranità nello Stato in nome della necessaria costruzione di una teoria giuridica, la sola a dare un senso al lavoro del giurista, non era condivisa solo da chi si poneva esplicitamente nell'ambito del discorso orlandiano, per voler prospettare la sovranità come un "istituto puramente giuridico", ponendo in ombra l'"ordine politico": anche chi partiva da premesse metodologiche diverse da quelle del maestro siciliano addiveniva infatti alle stesse conclusioni. Era esemplare in questo senso il pensiero di Giorgio Arcoleo, un giurista che pure sarà contato dal Raggi nel novero di quelli mossi dall'intento di "conciliare le esigenze del diritto" col "principio politico", da lui ritenuto "indispensabile" (162), e in seguito ascritto all'"indirizzo storico-politico, pur minoritario nei confronti di quello giuridico" (163). L'Arcoleo dunque quasi anticipava, e poi ribadiva, l'approccio orlandiano al tema della sovranità: fondava infatti uno schema rigido di costituzione anticontrattualistica e statocentrica, col proclamare che "la sovranità deve trovare una base stabile in un principio giuridico che incarnato

(160) L. RAGGI, *La teoria della sovranità. Contributo storico e ricostruttivo alla dogmatica del diritto pubblico*, Genova 1908, pp. 178-194. Sul Raggi cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica* cit., pp. 141-142.

(161) L. RAGGI, *La teoria della sovranità* cit., p. 298.

(162) *Ibid.*, p. 199.

(163) G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., p. 271. Sull'Arcoleo, critico dell'individualismo e del contrattualismo, e allo stesso tempo distaccato rispetto al "metodo giuridico" cfr. inoltre M. FIORAVANTI, *Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di G. Arcoleo*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XV, 1986, pp. 355-399, ora anche in Id., *La scienza del diritto pubblico* cit., I, pp. 327 ss.

nell'organismo politico è Stato, sviluppato nelle funzioni è Governo, applicato alla coesistenza della libertà è Legge" (164).

Il tema della sovranità diveniva allora uno dei terreni d'elezione dell'affermarsi della svolta statocentrica (165), implicita nel consolidarsi del formalismo nella scienza giuridica, ma condivisa anche da chi sul piano metodologico ancora coniugava diritto, storia e politica; la nazione non costituiva più un presupposto indispensabile o il fondamento di legittimazione di una sovranità ormai tutta statale. Anche un giurista come Emilio Crosa, portato a valorizzare in modo particolare la storicità, e politicità, del principio della sovranità popolare, finiva per approdare a conclusioni assai vicine a quelle di Orlando: alla "società" Crosa riconosceva infatti il ruolo di "elemento costitutivo della sovranità", di "solo fattore esistente del diritto", ed apprezzava nel Rousseau il suo "aver chiarito che la sovranità, invece che inerente all'uomo singolo, sia un prodotto dell'associazione". Da queste premesse anticontrattualistiche ed antiindividualistiche poteva pertanto concludere, orlandianamente, che "la sovranità esercitata dal popolo, per necessità assoluta della sua natura, non ha vita indipendente, è sovranità dello Stato" (166).

Ad esempio della perenne vitalità della formula della sovranità dello Stato, in un quadro politico del tutto mutato, nel 1940 il Crosa confermerà questa coincidenza popolo sovrano-Stato sovrano, senza che il fascismo gli imponga di stravolgere l'approccio tradizionale al tema (167). Da tempo infatti lo Stato non aveva più bisogno dell'aggettivo nazionale per essere ricondotto ad un fattore preesistente o

(164) G. ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, Napoli 1879; sull'ammirazione dell'Orlando per gli *Appunti di diritto costituzionale* dell'Arcoleo, pubblicati nel 1888, cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, pp. 191.

(165) Sulla sovranità "statocentrica", comunemente affermata dalla giuspubblicistica italiana, cfr. le considerazioni di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna 1989, pp. 89 ss.

(166) E. CROSA, *La sovranità popolare dal medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano-Torino-Roma, 1915, pp. 229-230. Sul piano metodologico questo autore dichiarava di volersi collocare nell'indirizzo orlandiano: ID., *Il principio della sovranità dello Stato nel diritto italiano*, estr. da "Archivio Giuridico", 1933. Sul Crosa vicino alla "scuola giuridica", ma dotato di peculiare "sensibilità per la storia" cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, pp. 308. Cfr. inoltre F. FABRIZI, *Emilio Crosa: un costituzionalista tra monarchia e repubblica*, in "Clio", 1999, 3, pp. 505-537.

(167) Cfr. *Popolo*, in *Dizionario di Politica*, III, pp. 475-477. Su quest'opera, che

per giustificare la sua costruzione; semmai il “nazionalismo” serviva a guidarne scelte politiche interne e internazionali. Nella tensione, che segna la storia dell’idea di nazione, tra il concetto liberale, volto ad affermare i diritti, e il concetto etnico, nazionalista, espansionistico, “integrale e totalitario”, il baricentro si spostava, tragicamente, verso il secondo polo ⁽¹⁶⁸⁾.

In questo senso già in un intervento scritto dallo stesso Crosa durante il primo conflitto mondiale il principio di nazionalità tornava al centro del suo discorso giuridico, come fondamento ideologico della partecipazione ad una guerra vista nei termini di momento conclusivo del processo di indipendenza nazionale. Libertà e nazionalità erano dunque considerati i principi costruttori dello Stato moderno, con la Rivoluzione francese che aveva “elevato la volontà popolare a volontà dello Stato”; un analogo impegno era chiesto al paese in quel cruciale momento storico: la “libertà della patria”, che “comprendeva e superava la libertà individuale”, esigeva una “nazione unita”, cui Crosa guardava solo come condizione per il pieno dispiegarsi della “volontà sovrana dello Stato” ⁽¹⁶⁹⁾, ormai al centro di ogni considerazione.

Di lì a poco, negli anni del fascismo, la nazione sarà prospettata come concetto in grado di offrire un contributo determinante alla fondazione di un quadro politico-costituzionale preteso “nuovo”; il riferimento alla nazione servirà a legittimare l’operazione tentata dalla dottrina del corporativismo di convogliare le “masse” nello Stato. Ma quest’ultima esigenza di integrazione totalitaria era del tutto estranea all’orizzonte del liberalismo, che aveva visto in Orlando il rappresentante emblematico, e che sul terreno del pensiero giuridico aveva preferito occultare il “politico” dietro lo Stato,

raccoglieva diversi contributi di politici e giuristi del ventennio, cfr. C. GHISALBERTI, *Per una storia del Dizionario di Politica* (1940), in “Clio”, XXVI, 1990, 4, pp. 671 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Su questa trasformazione dell’idea di nazione nel nazionalismo insiste E. HOBSBAWN, *Nazioni e nazionalismo* cit., pp. 95 ss. Ma sulle “regressioni nazionalistiche” dell’idea di nazione cfr. anche J. HABERMAS, *Lo Stato-nazione europeo* cit., p. 130; più in generale sul punto cfr. anche H. SCHULZE, *Aquile e leoni* cit., pp. 299 ss. Sul versante italiano del pensiero sulla “nazione imperiale” cfr. ora P. COSTA, *Civitas* cit. 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 288 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ E. CROSA, *L’intesa e la tradizione della libertà*, in “Nuova Antologia”, CLXXXV (1916), fasc. 1071, pp. 55ss.

relegando il popolo e la nazione in uno spazio occupato tutto dallo Stato. Questa prospettiva aveva segnato profondamente l'approccio della scienza giuridica al tema della sovranità; non a caso, alle soglie del secondo conflitto mondiale, e pur dopo l'imperversare della dottrina corporativista sulla centralità della nazione (fascista), "nuova" perché "diversa" rispetto al modello ideologico dell'età liberale, sul *Nuovo Digesto italiano* si potrà ancora affermare, citando in nota Orlando, Ranelletti, Romano, Raggi, che "le teorie della sovranità del principe, o del popolo, o nazionale non possono avere che un valore politico... la dottrina pubblicistica ora dominante in Italia considera il concetto di sovranità come un concetto giuridico, che esprime una qualità propria dello Stato" (170).

5. *Stato e nazione nel corporativismo fascista.*

"L'argomento della Nazione... è centrale e dominante di tutto il pensiero, la dottrina, e la letteratura fascista"; così negli anni trenta scriveva Sergio Panunzio (171), accompagnando con diverse pagine di premessa la pubblicazione di un suo scritto del 1917, fino ad allora inedito, dedicato al *Principio e diritto di nazionalità*. In effetti soprattutto verso la fine degli anni venti giuristi che sembrano poter essere ascritti a quel novero di "militanti", "di regime", "engagés", "nuovi", innovavano il loro discorso evocando il concetto di na-

(170) V. GUELI, *Sovranità*, in *Nuovo Digesto italiano*, XII, parte II, 1940, p. 694; analogamente ID., *Sulla teoria della sovranità*, Tivoli 1939. Sulla lunga durata della formula orlandiana della sovranità dello Stato, condivisa dalla giuspubblicistica, cfr. tra gli altri G. AMATO, *La sovranità popolare* cit., pp. 77 ss.; M. S. GIANNINI, *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Roma 1990, p. 228.

(171) S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., p. 7. Sul giurista pugliese cfr. l'introduzione di F. PERFETTI a S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma 1987. Sul Panunzio cfr., tra gli altri, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 270 ss.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., pp. 408 ss.; sulla teoria del giurista pugliese sul partito che dirige e organizza la società e i suoi conflitti cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione* cit., pp. 48-51. Cfr. inoltre S. NISTRI DE ANGELIS, *Sergio Panunzio: quarant'anni di sindacalismo*, Firenze 1990. Più recentemente, anche in riferimento alla polemica fra Orlando e Panunzio cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 155-163; sulla distinzione del Panunzio tra "Stato di diritto" e "Stato giuridico" cfr. ora P. COSTA, *Lo "Stato totalitario"* cit. I, p. 86.

zione ⁽¹⁷²⁾, dal momento che pareva offrire alle loro strategie argomentative una marcata impronta politica, da preferire a quella giuridica che da sempre accompagnava il riferimento allo Stato, proprio dei giuristi “della tradizione” ⁽¹⁷³⁾; “tradizione” che peraltro — assieme alle più recenti teorie di un Carré de Malberg, di un Duguit, di un Hauriou, di un Kelsen, criticamente discusse — anche per il pensiero giuridico degli anni del fascismo costituiva il punto di partenza di ogni considerazione.

La messa a fuoco della nazione come oggetto precipuo della costruzione giuridica, anche oltre le colonne d’Ercole della statualità, avveniva soprattutto nell’ambito del corporativismo fascista, una presenza culturale che ben Paolo Grossi ha visto come una “combinazione di contrari” ⁽¹⁷⁴⁾, ma che, al di là della mistificazione e del naufragio iscritto nelle stesse scelte del regime, aveva comunque il merito, sia pure involontario, di non appiattare nell’apparato statale la società, colta in una sua dimensione post-borghese. L’indubbia magniloquenza sulle conquiste dello Stato corporativo, consentite dalla realizzazione dell’“interesse superiore della nazione” — al di là dello scarto tra l’enfasi sul mito ⁽¹⁷⁵⁾ e la pochezza dei risultati concreti del “corporativismo reale” ⁽¹⁷⁶⁾ — almeno sul

⁽¹⁷²⁾ Sulla “ubiquitaria presenza” della nazione nella giuspubblicistica fascista, e sui molteplici aspetti che assume nel dibattito dei giuristi cfr. P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”* cit., p. 93.

⁽¹⁷³⁾ Nel seno della giuspubblicistica degli anni del fascismo distinguono tra “giuristi della tradizione” e “giuristi del regime”, o “tradizionali” e “militanti”, o “engagés” al nuovo regime rispetto alla scuola nazionale, rispettivamente M. FIORAVANTI, *Costituzione* cit., pp. 39 ss.; P. COSTA, *La giuspubblicistica* cit., pp. 125 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 253 ss; sulla qualifica “nuovi” che “puntualizza solo la qualità di giuristi presaghi di svolgimenti futuri, inappagati dalle certezze passate, alla ricerca di strade e strumenti nuovi... che accomuna fascisti e non fascisti” cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., p. 218. Sul ruolo del corporativismo nel discorso sulla cittadinanza cfr. ora P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 257 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, p. 175.

⁽¹⁷⁵⁾ Sul “mito” della nazione dei fascisti, cfr. E. GENTILE, *La Grande Italia* cit., pp. 149 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Già presente a G. SALVEMINI, *Sotto la scure del fascismo (Lo Stato corporativo)*, Torino 1948, pp. 60 ss. Sul “divorzio costante, in ogni aspetto della vita pubblica, tra la parola e il fatto”, esemplarmente, V. FOA, *Le strutture economiche e la politica economica del regime fascista*, in AA.VV., *Fascismo e antifascismo (1918-1936). Lezioni e testimonianze*, I, Milano 1962, p. 281. Un osservatore attento della realtà corporativa, già

piano evocativo e simbolico era funzionale a porre l'accento sul primato del politico sul giuridico; anche se l'insistenza, tipica del regime autoritario di massa, su sfere più vaste in grado di trascendere l'individuo aveva più che altro una componente persuasiva, non idonea a costruire un modello giuspolitico davvero alternativo alla orlandiana "teoria giuridica dello Stato", che, seppure in un contesto politico e istituzionale diverso rispetto all'età liberale, è parsa dover continuare a improntare la giuspubblicistica (177).

Del resto se si escludono i toni declamatori sull'"eticità" o sulla "forza", chiamati a connotare il nuovo Stato fascista rispetto a quello liberale, anche la ricorrente formula della nazione "incarnata" nello Stato svelava una continuità con la dottrina tradizionale, e taluni giuristi erano pronti ad ammetterla. In altri termini, pur tra i toni "militanti" di certa dottrina, era difficile trovare una tematizzazione della nazione come concetto giuridico e come tale rilevante in sé di fronte allo Stato; ben più diffusa l'opzione di riconoscere alla nazione la natura di momento legittimante lo Stato ma solo sul terreno politico, anche alla luce di quello Statuto-regolamento del dicembre 1921, ove il PNF era definito "milizia volontaria posta al servizio della nazione" (178).

Negli anni del fascismo la visibilità del concetto di nazione era del resto più evidente rispetto all'età liberale soprattutto nel quadro legislativo, in particolare per l'atto considerato fondante lo Stato

negli anni Trenta metteva in luce che le modificazioni dell'economia erano avvenute indipendentemente dal corporativismo: cfr. L. ROSENSTOCK-FRANCK, *Les réalisations pratiques et les doctrines du syndicalisme fasciste*, Paris 1933; Id., *L'économie corporative fasciste en doctrine et en fait*, Paris 1935. Un'importante riflessione storiografica sul corporativismo in P. SANTOMASSIMO, *La parabola del mito corporativo*, in AA.VV., *Cultura e società negli anni del fascismo*, Milano 1987, pp. 409-432. Sul corporativismo come assetto socio-economico-giuridico frutto della crisi degli assetti liberali già all'inizio del secolo, prima di venire adottato, e deformato, da diversi regimi autoritari, cfr. L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano 1984; *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, a cura di G. VARDARO, Milano 1988.

(177) Sul punto P. COSTA, *La giuspubblicistica* cit., pp. 127 ss.; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 219 ss.

(178) Cfr. ancora A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino 1965, p. 315; L. PALADIN, *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, p. 887.

corporativo, quella Carta del Lavoro che nella Dichiarazione I evocava la “Nazione italiana organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori, per potenza e durata, a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono... unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista” (179). Su questa base la dottrina alla ricerca di accenti ideologici, ma che finiva per riproporre l'impostazione tradizionale, poteva identificare lo Stato con l'“incarnazione giuridica della nazione” (180); non a caso dunque soprattutto i giuristi impegnati nella costruzione della “nebulosa” della dottrina del corporativismo (181) ponevano al centro del loro discorso la nazione. E proprio sul terreno dell'autonomia e dignità scientifica della dottrina corporativa, e del suo tentativo di superare i tradizionali assunti della scuola giuridica nazionale, era ben presto rilevata una frattura tra giuristi “vecchi” e giuristi “giovani”, i primi quasi “appartati e indifferenti” di fronte al compito di definire nuovi costrutti, quali innanzitutto proprio la nazione e il fine nazionale, che avevano fatto irruzione nel campo legislativo e che aspettavano una sistemazione teorica (182).

D'altro canto il regime attingeva anche al patrimonio di idee maturate da tempo nell'ambito dell'idealismo e del nazionalismo — da sottolineare che la nazione gentiliana non coincideva con quella naturalistica dei nazionalisti (183) — e che comunque finivano per porre al centro della costruzione lo Stato, artefice della nazione: la visione di Gentile sulla nazione “realtà spirituale, coscienza, bisogno interiore, processo morale, atto di vita” e “presupposto del risorgimento politico” (184) problematizzava il rapporto tra Stato e nazione

(179) *La carta del lavoro illustrata da Giuseppe Bottai*, Roma 1927, p. 115.

(180) G. BORTOLOTTO, *Lo Stato fascista e la Nazione (Contributo alla dottrina generale dello Stato)*, Roma 1931, p. 56.

(181) Sui diversi temi e accenti di questa articolata e complessa presenza di “giuristi corporativisti” nella cultura giuridica cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., pp. 380 ss; ID., *Lo “Stato totalitario”* cit., particolarmente pp. 118-129.

(182) Così U. FORTI, *Sull'autonomia del diritto corporativo* (1929), in *Studi di diritto pubblico*, II, Roma 1937, p. 493.

(183) Sul punto cfr. ora P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”* cit., particolarmente pp. 104 ss.

(184) G. GENTILE, *Nazione e nazionalismo* (1917) ora in *Guerra e fede*, Roma 1927, p. 50. Sullo Stato in Gentile cfr. A. DEL NOCE, *Giovanni Gentile. Per un'interpretazione filosofica della storia contemporanea*, Bologna 1990; F. SBARBERI, *Gentile politico: un*

nel senso di configurare uno “Stato nazionale perché la stessa nazione si realizza nello spirito, non è un presupposto. La Nazione non è mai fatta; e così pure lo Stato, che è la stessa nazione nella concretezza della sua forma politica” (185). Nello stesso senso alla fine del primo conflitto mondiale il filosofo idealista Pagano dichiarava “è lo Stato che ha creato la Nazione e non viceversa. La teoria romantico-popolaristica dell’origine spontanea delle Nazioni è smentita dalla storia” (186).

Queste idee erano destinate a trovare una sorta di consacrazione ufficiale negli anni del regime: il testo scritto da Gentile e firmato da Mussolini per l’*Enciclopedia italiana* riproponeva il paradigma di una rottura rispetto allo Stato liberale proprio sul terreno del profilo ideologico del rapporto tra nazione e Stato. La voce *Fascismo* proclamava infatti “non è la nazione a generare lo stato, secondo il vieto concetto naturalistico che servì di base alla pubblicistica degli Stati nazionali nel sec. XIX. Anzi la nazione è creata dallo stato, che dà al popolo, consapevole della propria unità morale, una volontà, e quindi un’effettiva esistenza... la nazione come stato è una realtà

mistico dell’onnipotenza dello Stato, in *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, a cura di S. ROTA GHIBAUDI-F. BARCIA, Milano 1990, pp. 826-850; F. PETRILLO, *Diritto e volontà dello Stato nel pensiero di Giovanni Gentile*, Torino 1997. Cfr. inoltre G. TURI, *Giovanni Gentile: una biografia*, Firenze 1995; P. COSTA, *Civitas cit.*, 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia cit.*, pp. 231 ss.

(185) G. GENTILE, *Nazione cit.*, p. 35. L’idea della nazione creazione dello Stato sarà riproposta anche in seguito, in riferimento all’organizzazione corporativa che realizza l’immedesimazione organica Stato-nazione: “La nazione non è data dal suolo, né dalla vita comune e conseguente comunanza di tradizioni, costumi, linguaggio, religione ecc... Tutto ciò è la materia della nazione. La quale non sarà tale se non avrà la coscienza di questa materia... se non ne farà oggetto della propria volontà. La quale volontà, nella sua concreta volontà è lo Stato... Non è la nazionalità che crea lo Stato; ma lo Stato crea (suggella e fa essere) la nazionalità”. G. GENTILE, *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, Milano 1994, p. 88. In particolare sulla nazione nel pensiero di Gentile cfr. E. GENTILE, *La Grande Italia cit.*, pp. 166 ss.; P. COSTA, *Lo “Stato totalitario” cit.*, pp. 104 ss.

(186) A. PAGANO, *Nazione, Stato, popolo* (1919) in *Idealismo e nazionalismo*, Milano 1928, p. 104. Per il peso che il richiamo alla Nazione era andato acquisendo nella filosofia politica, cfr. anche l’idealista U. REDANO, *Lo Stato etico*, Firenze 1927; e la dissertazione di laurea presentata all’Istituto Cesare Alfieri di Firenze, con prefazione di R. MICHELS, di S. RAGUSO, *La Nazione e il progresso della filosofia politica*, Firenze 1931, recensita da C. CURCIO su “Lo Stato”, III, 1932, p. 327.

etica che esiste e vive in quanto si sviluppa... il fascismo non è soltanto datore di leggi e fondatore d'istituti, ma educatore e promotore di vita spirituale" (187).

Nell'ambito del pensiero giuridico, ma soprattutto in quello dell'innovazione istituzionale, da tempo uno Stato nazionale "forte" era chiamato da Alfredo Rocco a convertire in organi di diritto pubblico quei sindacati che lo Stato liberale aveva a suo avviso fatto crescere, per poi scoprirli espressione di "reazione antinazionale" (188). La nazione era presentata allora come sorta di collettore degli interessi particolari, portatrice di un interesse superiore; la restaurazione del potere statale doveva realizzarsi con l'irregimentazione della società nell'esercito del lavoro. A differenza peraltro dei

(187) *Fascismo*, in *Enciclopedia italiana*, XIV, Roma 1932, p. 848. Su questa impresa culturale cfr. G. TURI, *Ideologia e cultura del fascismo nello specchio dell'Enciclopedia italiana*, in "Studi storici", XX, 1979, pp. 157-210. E' palese l'impronta gentiliana dello "Stato etico" anche nella mussoliniana *Dottrina del fascismo*, ove si legge che "la Nazione è creata dallo Stato... la società nazionale è tutta nello Stato italiano", Milano 1935, p. 15.

(188) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati* (1920), in *Scritti e discorsi politici*, II. *La lotta contro la reazione antinazionale (1918-1924)*, Milano 1938, pp. 631 ss. Nello stesso senso un'altra voce autorevole, che sarà spesso ricordata dai giuristi negli anni trenta, insisteva sulla necessità di una forte difesa dello Stato minacciato dagli organismi di classe: O. RANELLETTI, *I sindacati e lo Stato*, estr. da *Politica*, 1920. Le idee del Rocco, destinate a trovare sbocco normativo col fascismo, erano maturate da tempo: cfr. Id., *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti*, Padova 1914. Un'attenta analisi dell'intreccio tra nazionalismo e corporativismo nei decenni precedenti il fascismo in S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia 1979. Per un'accentuazione della continuità tra nazionalismo e regime fascista sul terreno del problema delle masse e dello Stato cfr. inoltre E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo dall'antigiolittismo al fascismo* (1982), Roma-Bari 1999. Sulle "conseguenze pratiche decisive" del nazionalismo nella storia italiana Id., *La nazione del fascismo. Alle origini del declino dello Stato nazionale*, in *Nazione e nazionalità in Italia* cit., pp. 65-124. Cfr. inoltre P. CAPPELLINI, *Nazionalismo*, in *Politica*, a cura di L. ORNAGHI, Milano 1993, pp. 359-367. Più in particolare su Rocco cfr. ancora P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963 e 1974; L. FARULLI, *Alfredo Rocco: politica e diritto fra guerra e fascismo*, in *Tendenze della filosofia italiana negli anni del fascismo*, a cura di O. POMPEO FARACOVI, Livorno 1985, pp. 241-261; F. PERFETTI, *Alfredo Rocco*, in AA.VV., *Il Parlamento italiano 1861-1988*, XI, *Dalla conquista del potere al regime. 1923-1928*, Milano 1990, pp. 201-208; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 158 ss.; R. D'ALFONSO, *Oltre lo Stato liberale: il progetto di Alfredo Rocco*, in "Il politico", 3, 1999, pp. 341-368; P. COSTA, *Lo "Stato totalitario"* cit., pp. 104 ss.

nazionalisti, che già a partire dalla “comunità spirituale” di Corradini ⁽¹⁸⁹⁾ parlavano quasi ossessivamente di nazione, e rivendicavano una continuità coll’“idea liberale” ⁽¹⁹⁰⁾ di Cavour e Spaventa, che il nazionalismo, di fronte alla crisi dello Stato liberale, avrebbe saputo “riaffermare”, “reintegrare”, “salvare”, ma soprattutto “disciplinare”, Rocco non dedicava troppa attenzione al concetto di nazione; ne offriva definizioni quasi distratte, talvolta di tipo organicistico, talvolta di tipo “manciniano”, per evocare il motivo “spirituale”, e che chiamavano comunque in causa, più che la nazione, lo “Stato nazionale”.

Il giurista napoletano guardava infatti alla nazione, come allo Stato, o alla società: in termini di “organizzazione” ⁽¹⁹¹⁾; nella sua riflessione — e nel sistema giuridico che seppe costruire — il termine più ricorrente, e il vero punto di riferimento era ancora lo Stato, lo Stato fascista che, a suo avviso, (e a suo merito), aveva “ricostruito lo Stato forte e fatto trionfare il principio di organizzazione” al posto del precedente Stato liberale, intrinsecamente fragile per i suoi ideali politici, disgregato dalle lotte delle classi e impotente di fronte agli “interessi particolaristici”; del resto, come per i teorici del corporativismo, il bersaglio principale della polemica oltre al socialismo e al comunismo era l’ideologia liberale.

Dal presentare l’edificio giuridico del fascismo come la restaurazione della sovranità dello Stato, minacciata dal “principio di disgregazione”, derivava da un lato la ricerca di continuità con l’Orlando e con la “scuola giuridica”, che, in un modo che a Rocco appariva contraddittorio, avevano “sempre insegnato che la sovranità non è del popolo ma dello Stato”, senza però voler poi negare “il liberalismo e la democrazia”; e dall’altro il tentativo di superamento dello Stato giuridico, “agnostico”, che isolava il diritto dalla

⁽¹⁸⁹⁾ E. CORRADINI, *L’unità e la potenza delle nazioni*, Firenze 1922, p. 115. Ma in precedenza cfr. anche ID., *Il nazionalismo italiano*, Milano 1914. Sul Corradini e sulla “nazione imperialista e il sacrificio dell’individuo”, tema che precede le idee sviluppate poi dal fascismo cfr. P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 509 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ L. VALLI, *La Nazione e l’idea liberale*, in “Politica”, VII, 1925, fasc. LXX, pp. 5-22.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. alcuni interventi del 1914 in occasione del congresso nazionalista, o pubblicati alla vigilia della guerra, riproposti in *La crisi dello Stato e i sindacati cit.*, in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici cit.*, I, p. 35 ss.; 238 ss.; II, pp. 645 ss.

politica, e che pertanto era stato travolto da questi suoi limiti storici. In questa prospettiva, tesa ad offrire al discorso giuridico una forte impronta ideologica, il guardasigilli declinava il principio della “sovranità dello Stato” costruito dalla scuola giuridica nazionale nei termini di una radicale antitesi con il “dogma della sovranità popolare” (192).

Anche se alla Carta del Lavoro Rocco offriva un grande contributo, riconosciutogli già dai contemporanei come Panunzio (193) e Costamagna (194), in tutti i suoi interventi il giurista napoletano non esprimeva tanto l’esigenza di una integrazione totalitaria Stato-comunità, che presupponeva il costante consenso della società come fonte della legittimazione del potere — teoria questa costruita ad esempio dall’organizzatore culturale Giuseppe Bottai (195) e da altri

(192) ID., *Politica e diritto nelle vecchie e nuove concezioni dello Stato*, in “Nuova Antologia”, CCCLVIII (1931), pp. 356-370; analogamente ID., *La trasformazione* cit., pp. 35 ss.

(193) S. PANUNZIO, *Alfredo Rocco*, Roma 1935.

(194) Sottolineava il ruolo centrale svolto dal Rocco, “grande sistematore giuridico della Rivoluzione fascista”, anche nella legislazione sul lavoro, C. COSTAMAGNA, *Alfredo Rocco*, in “Il diritto del Lavoro”, I, 1928, pp. 139-141. Dal febbraio del 1930 il Costamagna dirigeva una rivista giuridica, *Lo Stato*, che al corporativismo del Bottai si richiama anche per segnare una svolta metodologica rispetto alla scuola nazionale dell’Orlando; sul punto G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 248 ss.; più in generale sul Costamagna cfr. G. MALGERI, *Carlo Costamagna. Dalla caduta dell’“ideale moderno” alla nuova “scienza dello Stato”*, Vibo Valentia 1981; F. LANCHESTER, “Dottrina” e politica nell’Università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo, in ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Germania e in Italia*, Milano 1994, pp. 93-122. Più di recente sottolinea il ruolo del Costamagna, teorico che si poneva programmaticamente in polemica coi giuristi appartenenti alla tradizione liberale dello Stato amministrativo, e che era anche impegnato nel processo legislativo come relatore alla Camera sul disegno di legge sulla riforma del Consiglio Nazionale delle corporazioni, L. MANGONI, *Cultura giuridica e fascismo. Il diritto pubblico italiano*, in *Cultura e società negli anni del fascismo* cit., pp. 432 ss. Cfr. in generale anche M. TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo senza “Corporazioni”: lo “Stato” di Carlo Costamagna*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 18, 1989, pp. 267-327; A. PEDIO, *La cultura del totalitarismo imperfetto. Il Dizionario di politica del Partito Nazionale fascista (1940)*, Milano 2000, pp. 119 ss.; P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”* cit., pp. 133 ss.

(195) Che chiamava le “aristocrazie del pensiero” a “formare e arricchire il patrimonio spirituale della nazione, di cui tutti siamo elementi essenziali ma subordinati”, G. BOTTAI, *Programma*, in “Archivio di Studi corporativi”, I (1930), p. 3. Sul ruolo che Bottai, ministro delle corporazioni e fondatore della Scuola di Studi corporativi di

corporativisti come Costamagna — quanto una dottrina organica della società; Rocco tematizzava insomma uno “Stato forte” che, al di là di una “patina di socialità al nuovo regime” ⁽¹⁹⁶⁾, doveva essenzialmente subordinare gli interessi individuali a quelli collettivi. Al Graziadei, che alla Camera contestava al governo di “identificare gli interessi della nazione con quelli della classe dominante”, Rocco opponeva un’assai significativa ricostruzione storica ma soprattutto ideologica, che alle “classi” sostituiva le “categorie”, i “gruppi”, la “masse”; queste ultime, “per la prima volta, non già tumultuando o malcontente, entrano nello Stato e nella Nazione” — che nel linguaggio del guardasigilli erano qui meri sinonimi — in funzione del “consolidamento dello Stato” ⁽¹⁹⁷⁾.

In altri termini, se nella dottrina del corporativismo la nazione acquistava visibilità e centralità inedite, funzionali a imporre l’esigenza della sua integrazione “totalitaria” nello Stato, nella “formazione dello Stato fascista”, perseguita coerentemente e serratamente dal Rocco nelle vesti di “guardasigilli del regime”, e voluta come radicale antitesi di quello liberale, il riferimento alle “forze vive della Nazione” o all’“idea della subordinazione dell’individuo alla nazione” serviva, al di là della retorica, a legittimare scelte tecnico-giuridiche impiegate ai fini di una radicale torsione autoritaria delle strutture politico-istituzionali del diritto pubblico italiano, in primo luogo per “restituire allo Stato il pieno esercizio della sua sovranità... che significa rafforzare innanzitutto il potere esecutivo, l’espressione più genuina dello Stato, l’organo essenziale e supremo della sua azione” ⁽¹⁹⁸⁾. Non a caso dunque nelle pagine del Rocco l’immagine della “restaurazione” delle piene facoltà del governo e del “consolidamento dello Stato” era prevalente su quella di un

Pisa, affidava al giurista nella nuova realtà costituzionale cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 250 ss. Un’accurata analisi della complessa personalità del Bottai in rapporto al regime, e del giudizio in sede storiografica sul “fascista critico”, in E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo* cit., pp. 205 ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Questo il ruolo della Carta del Lavoro per R. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, II, Torino 1968, p. 296.

⁽¹⁹⁷⁾ A. ROCCO, *La trasformazione* cit., p. 365.

⁽¹⁹⁸⁾ A. ROCCO, *Introduzione*, in *La trasformazione* cit., p. 23; analogamente ID., *Politica e diritto* cit., pp. 356 ss.

ruolo fondativo di un “nuovo” ordine, pur riconosciuto alla legislazione del regime ma su di un piano ideologico.

La concentrazione del potere politico nelle mani del primo ministro, sancita in modo inequivocabile con la normazione del 1925-1926, era spiegata con l'enfasi sul compito storico riconosciuto al governo di rappresentare e interpretare la volontà della nazione; serviva a dar fondamento anche teorico alla preminenza accordata all'esecutivo soprattutto nella formazione delle leggi. L'omaggio retorico alla “formula Mussoliniana: tutto per lo Stato, nulla fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”, più che in un'integrazione totalitaria della nazione nello Stato si risolveva in una netta preminenza accordata all'esecutivo ⁽¹⁹⁹⁾; Rocco si mostrava poco interessato ai profili ideologici della legislazione cui offriva un contributo determinante, ma senza che il suo discorso fosse connotato da contenuti “sentimentali”. Non a torto dunque già Panunzio osservava che l'impianto teorico e il sistema istituzionale messi a punto dal guardasigilli erano intrisi del “principio giuridico” della “ragion di Stato” ⁽²⁰⁰⁾, ma dello Stato “forte” rimandavano solo la forma, non la sostanza, il “sentimento” ⁽²⁰¹⁾.

Sul terreno più specifico della rilevanza giuridica del concetto di nazione si profilava dunque una divergenza tra “giuristi della tradizione”, per tutti Santi Romano e Ranelletti, e giuristi accomunati dalla tensione per il “superamento” di ciò che definivano il “dualismo” Stato-nazione, che lo Stato liberale aveva teorizzato e costruito. Da sottolineare che nell'argomentazione di molti di questi ultimi autori il percorso teorico del Romano sulla “crisi dello Stato moderno” rappresentava un punto di riferimento obbligato proprio per trovare una sorta di “padre nobile” a spiegare le cause “storiche”, la giustificazione delle origini, del movimento fascista.

Dal canto loro i manuali del Romano e del Ranelletti editi negli anni del fascismo non sembravano prospettare una rottura con

⁽¹⁹⁹⁾ Qualche riferimento alla nazione, che tornava utile per giustificarne la rappresentanza in capo al governo, in A. ROCCO, *Sulla prerogativa del Capo del governo*, in *Scritti cit.*, III. *La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Milano 1938, p. 927. Analogamente, sul governo che esprime la volontà della nazione, U. REDANÒ, *Lo Stato etico cit.*, pp. 175-177.

⁽²⁰⁰⁾ S. PANUNZIO, *Alfredo Rocco cit.*, p. 15.

⁽²⁰¹⁾ S. PANUNZIO, *Il sentimento dello Stato*, Roma 1929, pp. 145 ss.

quanto sostenuto in precedenza sulla nazione, individuata ancora come elemento costitutivo dello Stato; e in nome di un approccio dualista, incentrato sulla separazione, negavano l'“integrazione”, cioè la coincidenza di Stato fascista e nazione italiana, indicata dalla Carta del Lavoro. Ma più del testo espressione paradigmatica del corporativismo era ancora l'art. 41 dello Statuto il riferimento legislativo per problematizzare la nazione: questa, ricondotta ad un concetto “etnico sociale”, era intesa nel senso di “popolazione dello Stato italiano”. In particolare Santi Romano si limitava ad osservare che la “parola nazione” era “estranea nel nostro linguaggio come sinonimo di Stato”; e sul tema della sovranità dichiarava che parlare di sovranità del principe o del popolo era privo di “base” per quegli “ordinamenti che avevano attribuito allo Stato la sovranità” (202).

Pur senza innovare il suo impianto teorico, ma nella prospettiva di inserire la nuova realtà politico-istituzionale negli schemi della tradizione giuspubblicistica, Ranelletti inquadrava la relazione di Rocco al disegno di legge sulla rappresentanza politica del 1928 nella formula “tecnica” della sovranità dello Stato come era andata radicandosi nella scuola nazionale, e vi ricollegava, seppur in nota, la “dottrina fascista che nega il dogma della sovranità popolare e proclama il dogma della sovranità dello Stato” (203).

(202) S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1928, p. 51. Sulla problematizzazione della “crisi dello Stato moderno” da parte di Romano, in seguito voluto dal regime Presidente del Consiglio di Stato, cfr. M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, X, 1981, pp. 169 ss. Su Santi Romano e sul tema della crisi dello Stato nel pensiero giuridico cfr. inoltre S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione dell'“Ordinamento giuridico” di Santi Romano*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, I, 1972, pp. 243 ss.; R. RUFFILLI, *Santi Romano e la “crisi dello Stato” agli inizi dell'età contemporanea*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1977, pp. 311 ss.; L. ELIA, *Esperienza scientifica. Diritto costituzionale*, in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1982, pp. 345 ss.; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento* cit., pp. 27 ss. Più in particolare sull'istituzionalismo cfr. di recente M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari 1999.

(203) O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, Padova 1931, pp. 29-33. Sottolinea il ruolo di “tutori” dello Stato di diritto assunto da Romano e Ranelletti di fronte al regime, in nome della neutralità dello Stato e imparzialità dell'azione amministrativa, valori difesi anche col “lavorare all'interno del

Ma anche nell'“ancor giovane scienza” del diritto corporativo un'opera di Navarra si apriva con l'adesione alla scuola orlandiana sul piano del metodo, proprio nel momento in cui un giurista era chiamato, da scienziato, a definire nuovi costrutti, quali in primo luogo proprio la nazione e il fine nazionale, al centro della recente legislazione; l'operazione doveva esser svolta in maniera “soddisfacente nel campo del diritto”, ricondotta negli schemi dello specialismo giuridico, mettendo da parte quel che di “vago ed arbitrario od odiosa e umiliante retorica” andava addensandosi intorno a quei concetti ⁽²⁰⁴⁾.

La ricostruzione storica del Navarra voleva dunque dimostrare che lo Stato liberale si era fatto carico essenzialmente dei “problemi giuridici della libertà e dei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione”, trascurando i temi economici e sociali, posti invece a gran forza dallo “Stato moderno”; la legge del 3 Aprile 1926, definita “una breve legge di cui non è dato prevedere gli sviluppi” ⁽²⁰⁵⁾, aveva risolto allora l'antitesi tra individuo e Stato, ponendo un “terzo termine”, la nazione, da connotare in una “formola giuridica”. E a questo scopo per l'autore si imponeva ancora il ricorso al tradizionale quadro teorico sotteso alla dottrina dello “Stato giuridico”, esplicitamente chiamato in causa: la nazione aveva il suo “unico e totalitario riconoscimento nello Stato che è la nazione come persona giuridica” ⁽²⁰⁶⁾. La nazione assumeva dunque veste giuridica solo identificandosi con lo Stato; anche i connotati dei “fini nazionali” andavano ricercati all'interno del diritto positivo, e finivano per coincidere con i fini tradizionali dello Stato delineati dalla dottrina amministrativistica.

In questa prospettiva anche l'ordinamento corporativo era definito in termini di “sostanza” e non di “antitesi dello Stato pur nella

regime fascista”, M. FIORAVANTI, *Costituzione cit.*, pp. 43 ss. Su Romano e Ranalletti e sull'integrazione del nuovo materiale legislativo entro il sistema indicato dalla scuola giuridica nazionale, cfr. anche G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, pp. 228 ss. Su questi e altri giuristi “tradizionali” cfr. inoltre P. COSTA, *La giuspubblicistica cit.*, pp. 128 ss.; ID., *Civitas cit.*, 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia cit.*, pp. 255 ss.

⁽²⁰⁴⁾ A. NAVARRA, *Introduzione al diritto corporativo. Storia e diritto*, Milano 1929, p. 23.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 110.

⁽²⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 77.

sua più perfetta espressione di Stato giuridico”. Il Navarra, che nell’ambito della dottrina del corporativismo più di ogni altro giurista sembrava percepire come cruciale il compito di offrire una definizione giuridica di nazione, in modo esemplare concludeva che “la nazione si concreta nello Stato (e così soltanto è o diversamente *non è*, dal punto di vista giuridico: che è l’unico che al diritto interessa”) (207).

Per i giuristi cui invece premeva offrire soprattutto un’impronta politica del discorso, diveniva di fondamentale importanza segnare una netta discontinuità rispetto alla scuola giuridica nazionale; era allora necessario rovesciare il dogma della separazione Stato-società, e mettere in discussione lo schema dello Stato-persona, che ancora pareva invece consentire una dialettica popolo-regime: in modo esemplare il corporativista Volpicelli sosteneva che nello Stato corporativo si realizzasse una perfetta e totalitaria coincidenza tra individuo e Stato come persone giuridiche. Il rapporto tra lo Stato-persona e lo Stato nazione non si risolveva dunque in un qualcosa di esterno, ma in un qualcosa di immanente: da qui il rifiuto dell’idea della rappresentanza della nazione da parte dello Stato e l’affermazione di un’identità che presupponeva un perenne consenso della società come base forzata della legittimazione del potere (208).

Nello stesso senso in una prolusione del nazionalista Maraviglia alla Facoltà di Scienze politiche di Perugia, la negazione dell’antitesi nazione e Stato voleva esser funzionale ad “unificare la Nazione nello Stato”, per legittimare sul piano giuridico le riforme politico-istituzionali del regime: il “dualismo” liberale, e lo Stato inteso “esclusivamente entità giuridica e non corpo politico... fino all’estremo di definire lo Stato soltanto come ordinamento giuridico”, erano stati incapaci di “esprimere una legge fondamentale che

(207) *Ibid.*, p. 135.

(208) A. VOLPICELLI, *Lo Stato corporativo e il problema della autorità*, in “Archivio di Studi corporativi”, IV, 1933, pp. 552 ss. Sul tentativo, destinato all’insuccesso, del Volpicelli di “dimostrare il carattere astratto della distinzione fra Stato e società... tentando di convincere il giurista della sostituibilità del suo tradizionale campo teorico”, cfr. P. COSTA, *La giuspubblicistica* cit., p. 130; ID., *Lo Stato immaginario* cit., pp. 112 ss. Sui “corporativisti pisani” cfr. inoltre G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., pp. 237 ss. Più di recente sul Volpicelli cfr. ancora P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”* cit., pp. 81-83; ID., *Civitas* cit., 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 261 ss.

facesse sentire costantemente il suo imperio”. Si rivedeva allora la storia dell’Italia liberale: la Camera dei Deputati, “onnipotente in quanto rappresentava la nazione”, ne era stata in realtà l’“espressione inorganica”, aveva paralizzato l’azione dei governi e indebolito lo Stato. “Come la Chiesa con le eresie” il fascismo era pertanto chiamato a considerare “illegittimi tutti i partiti tendenti a disgregare lo Stato”, l’opposizione all’“ordine fascista” coincideva con l’esser fuori della “comunità nazionale”.

Per Maraviglia la “nuova Costituzione dello Stato” imposta dal quadro normativo del regime ruotava dunque attorno alla monarchia, che assicurava la continuità e l’“unificazione storica”; all’“organismo corporativo”, uno “spirito” che offriva alla produzione di ricchezza “valore nazionale”; al partito, “unità fondamentale della coscienza politica” e strumento di selezione della classe dirigente. All’“opera della scuola” era demandato il compito di “organizzare scientificamente il sistema” del nuovo diritto pubblico, senza “residui della mentalità liberale”, di cui il dualismo nazione-Stato era considerato uno dei perni ⁽²⁰⁹⁾.

Diversi giuristi esprimevano dunque questa tensione a far irrompere la politica nel diritto, a immettere contenuti politico-ideologici nell’analisi delle trasformazioni istituzionali indotte dal fascismo, e delle quali si enfatizzava la radicalità della trasformazione, contro chi tentava di minimizzarne la portata. Autorevolmente il guardasigilli Pietro De Francisci presentava al I congresso giuridico italiano, celebrato nel decennale della marcia su Roma, la “concezione fascista dello Stato, ente sovrano nel quale si realizza integralmente l’unità morale politica economica della Nazione”; la volontà di questo Stato era indicata come “preminente e decisiva in confronto ai gruppi e agli individui singoli, che esso riduce ad armonica unità per i fini della nazione”, tematizzata quest’ultima

⁽²⁰⁹⁾ La Prolusione tenuta in occasione dell’anno accademico 1928-1929 presso la facoltà di Scienze politiche di Perugia era imbevuta di toni politici, con allusioni alla “Nazione, nazione vera, fuori dello Stato e contro lo Stato, (che) parla soltanto in alcune ore storiche solenni e queste pause non sono i comizi elettorali, ma le rivoluzioni”; cfr. M. MARAVIGLIA, *Nazione e Stato nel Regime fascista*, in *Alle basi del Regime*, Roma 1930, pp. 5-29.

come prezioso indicatore dei valori politici e ideologici sottesi allo Stato ⁽²¹⁰⁾.

Anche il Costamagna affermava di voler risolvere il “formidabile problema della massa” nel principio di subordinazione degli interessi individuali a quelli della nazione, in virtù di un principio gerarchico realizzato appieno da quello corporativo, fondante, più che lo Stato-nazione, lo “Stato popolo”. Anche in polemica con chi, come Navarra, faceva a suo avviso coincidere la nazione con la società organizzata corporativamente ⁽²¹¹⁾, e pareva guardare, “nonostante la chiarezza lapidaria della Carta del Lavoro”, alla nazione o al fine nazionale come “qualche cosa di distinto e di diverso dallo Stato o dal fine statale... quasi come concetti intermedi fra l’individuo e lo Stato”, il Costamagna insisteva su questa coincidenza totalitaria, che presupponeva il costante consenso del popolo al regime, ma che finiva per riporre l’enfasi sullo Stato, seppur “nuovo” e “vero”, quello fascista. Del resto lo scontro col Navarra, che sembrava aver voluto organizzare la sistematica del diritto corporativo con gli strumenti indicati dalla metodica orlandiana, avveniva essenzialmente sul terreno appunto metodologico di una “nuova dogmatica” da costruire, tema che in particolar modo premeva al direttore de “Lo Stato” ⁽²¹²⁾.

Questo tentativo di marcare un distacco con la scuola giuridica nazionale veniva poi ripetuto nella voce *Nazione*, scritta nel 1940 per il *Dizionario di Politica*, ove, citando Mussolini, Costamagna rovesciava l’assunto della concezione “naturalistica”, che voleva la nazione “creatrice” dello Stato, in nome di una concezione “politica”, per la quale era lo Stato a dare al popolo quell’“esistenza effettiva” che gli consentiva “di fondersi con lo Stato nella vita superiore della nazione” ⁽²¹³⁾. In questa prospettiva che voleva essere antiformalistica questo giurista cercava anche di confutare il concetto tradizionale di “sovranità giuridica”, senza peraltro poter proporre un

⁽²¹⁰⁾ P. DE FRANCISCI, *Discorso di S. E. il Ministro di Grazia e Giustizia*, in *Atti del I Congresso giuridico italiano, Le Discussioni*, Roma 1933, pp. 12-29.

⁽²¹¹⁾ A. NAVARRA, *Introduzione* cit., p. 67.

⁽²¹²⁾ C. COSTAMAGNA, *Premesse allo studio del nuovo diritto italiano*, in “Rivista di diritto pubblico”, 1931, p. 575; analogamente ID., *Il nuovo Stato fascista*, in *I dieci anni della Carta del Lavoro*, Roma 1937, p. 50.

⁽²¹³⁾ C. COSTAMAGNA, *Nazione*, in *Dizionario di Politica*, Roma 1940, III, p. 264.

quadro teorico davvero alternativo allo schema dello Stato sovrano (214).

Di fronte ai complessi problemi che gli anni trenta prospettavano al diritto pubblico italiano, sembrava comunque doversi incrinare sia il modello dello Stato-persona separato dalla società, sia la rappresentazione dell'imparziale Stato amministrativo (215); emergeva l'idea dello Stato chiamato a governare la società in virtù della direzione dell'economia, della mediazione degli interessi corporativi, dell'intervento nella sfera sociale. La "triade" nazione, Stato, individuo era composta dai teorici del corporativismo nell'intendere la nazione come organismo unitario e superiore all'individuo, singolo o collettività; lo Stato si risolveva nella "realizzazione integrale di questo rapporto di supremazia" (216). In quest'ambito la nazione, e il suo "interesse supremo", erano funzionali, almeno sul piano teorico, a superare il conflitto posto dalle classi, dai "vari fattori della produzione": l'"antagonismo" si sarebbe trasformato in "collaborazione". A rimarcare la discontinuità con l'esperienza liberale si insisteva sull'esigenza che l'ordine giuridico corporativo non dovesse limitarsi ad una visione "angustamente economica" dello sviluppo: evocare la "potenza nazionale" come obbiettivo del lavoro serviva a costruire un'immagine forte, una "formula franca", del corporativismo, innovatore, su questo terreno, sia rispetto ad un "regime di economia di Stato", sia rispetto all'"assenteismo liberale". Tutta l'"attività dei consociati" trovava infatti il suo "collocamento preciso

(214) C. COSTAMAGNA, *Sovranità, ibid.*, IV, pp. 315-318.

(215) Su questo snodo nella storia dello Stato cfr. S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano 1971; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, e M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi cit.*, pp. 29 ss; 309 ss. Per una recente riconsiderazione anche storiografica del tema "Stato e amministrazione" cfr. ora G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I: Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano 1998, in particolare la densa *Introduzione*; sullo Stato amministrativo cfr. ora anche P. COSTA, *Civitas cit.*, 3. *La civiltà liberale cit.*, pp. 238 ss.

(216) *La Carta del lavoro cit.*, pp. 137-138. Su unità e superiorità della Nazione come principi su cui fondare giuridicamente l'edificio corporativo cfr. anche D. GUIDI, *Il contenuto giuridico della Carta del Lavoro*, in A. TURATI-G. BOTTAI, *La Carta del lavoro cit.*, pp. 87 ss.

in un quadro armonico di forze agenti nell'interesse supremo della Nazione" (217).

Su questo terreno il filosofo del diritto Carlo Curcio (218) tentava una confutazione teorica dello Stato giuridico in nome di una "teoria italiana recentissima", che collocando il rapporto Stato-nazione nei termini della I Dichiarazione della Carta del Lavoro, aveva saputo operare una perfetta integrazione della società nello Stato, superando, sul piano teorico, le prospettive, entrambe ritenute "dualiste", del Duguit (219), per la quale la nazione rappresentava "il limite entro il quale si svolge la potestà politica dello Stato", e del Carré de Malberg (220), con la sua formula della "Nazione che in quanto persona si chiama Stato". Grazie allo Stato corporativo, e alla dottrina del corporativismo, si era passati dallo "pseudo-giuridico concetto di nazionalità" al "concetto storico, concreto, della Nazione italiana" (221).

Nello stesso senso una recensione a *Die Modern Nation* di Ziegler era improntata da una ricostruzione storica tesa a dimostrare in che misura, anche agli inizi degli anni trenta, la nazione rappresentasse l'"idea-legittimità della presente statualità". Se la "storia moderna dal 1792 al 1919" si era risolta nella "via triumphalis della nazione moderna sovrana e democratica", nel dopoguerra era en-

(217) *La Carta del Lavoro* cit., pp. 145-153.

(218) C. CURCIO, *La coscienza dello Stato (Note per la storia del concetto di Nazione)*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XII, 1932, pp. 201 ss.

(219) L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnelle*, Paris 1911. Sulle teorie del Duguit e dell'Hauriou cfr. già U. FORTI, *Il realismo nel diritto pubblico*, in *Studi* cit., I, pp. 81 ss. Più di recente M. GALIZIA, *Profili storici-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in "Archivio Giuridico", sesta serie, XXXIII, fasc. 1 e 2, 1963, pp. 9 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 201 ss.

(220) R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie général de l'Etat*, II, Paris, 1922. Sul positivismo giuridico di Carré de Malberg, giurista che del principio della nazione sovrana pareva aver fatto l'"archittrave di ogni sua elaborazione, il criterio a cui è affidata in maniera meccanica la coerenza e l'unità di tutto il sistema da lui disegnato" cfr. M. GALIZIA, *Profili* cit., p. 16; ID., *Il "Positivisme Juridique" di Raymond Carré de Malberg*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", II, 1973, pp. 388 ss. Su questo giurista francese, "uno dei più grandi del nostro secolo", cfr. anche M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato* cit., pp. 171 ss.; in particolare sulla sovranità nazionale in Carré De Malberg cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 106 ss.

(221) C. CURCIO, *La coscienza* cit., p. 234.

trata in crisi “l’idea nazional-democratica, non l’idea di nazione”; in un’analisi di ampio respiro di un’Europa che si vedeva minacciata dalla “balcanizzazione”, il fascismo era apprezzato nella sua ricerca di “nuove forme dell’organizzazione politica della vita nazionale” (222).

Anche un intervento di Lo Verde era segnato dal tentativo di costruire un “concetto giuridico di nazione” alternativo alla tradizione dello Stato giuridico, e pertanto in grado di marcare la radicale differenza tra Stato liberale e fascismo sul terreno della presenza del partito unico nel quadro costituzionale; questione questa percepita come inedita fino all’avvento del regime. Si voleva mostrare dunque un’improbabile affinità tra le affermazioni del giurista Miceli sulla nazione “aggregato organico” e quelle di Mussolini sulla nazione “sintesi suprema di tutti i valori”; ma anche valorizzare la radicalità del passaggio dallo “Stato di diritto” — voluto a “tutela e potenziamento della libertà degli individui” — allo “Stato corporativo”, che “solleva l’individuo all’universalità”. Infatti, per Lo Verde, in seguito alla profonde riforme istituzionali della rappresentanza politica, nel diritto italiano si era introdotto un mutamento decisivo rispetto ai principi cardine dello Stato liberale, in particolare rispetto a quell’art. 41 dello Statuto che recitava “i deputati rappresentano la Nazione”.

Questo saggio discuteva anche alcune dottrine recenti, tra queste la teoria delle “neo-collettività” di Jerusalem, e l’affermazione del Koellreutter, per la quale “problema decisivo dello Stato moderno” era la “formazione effettiva della nazione come unità politica”. Aderendo a queste suggestioni teoriche tedesche, che facevano appello all’elemento spirituale declinato in termini fortemente etnico-razziali della nazionalità (223), per lo Verde i “presupposti del-

(222) L. L. LAKMANN, *Nazione e Stato nella moderna sociologia tedesca*, (recensione a H. O. ZIEGLER, *Die Modern Nation*, Tubingen 1931), in “Lo Stato”, IV, 1933, pp. 444-446.

(223) Sul lavoro di J. JERUSALEM, *Über der Begriff der Nation*, Jena 1932, che esprimeva una concezione della nazione come comunità chiusa, unità spontanea del popolo tedesco, e sull’opera di O. KOELLREUTTER, *Der deutsche Führerstaat*, Tubingen 1934, che negava la “personalità giuridica dello Stato”, cfr. già C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale. Ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky*, Milano 1998, rispettivamente p. 36, nota 38, p. 38, nota 41. Sul Koellreutter e sulla

l'esistenza di una unità politica nazionale" risiedevano nella "coscienza della nazione del suo valore politico-culturale". Con l'enfasi imposta dal voler costruire un'immagine etica e "sentimentale" del regime, si affermava che nello Stato liberale l'individuo era legato alla nazione da un rapporto di "appartenenza"; nello Stato fascista diveniva dominante la "coscienza della nazione", il "sentimento dello stato".

La critica del "punto di vista liberale e democratico" dello Stato era di un certo interesse per la discussione delle tesi del Kelsen (224): la "teoria pura del diritto" e lo "Stato come ordinamento normativo" erano respinti da Lo Verde in nome della preferenza accordata ad un modello di "Stato che deve portare in sé un'idea"; la prospettiva tipica della scuola giuridica, per la quale una nazione "non formata a Stato" si risolveva in un mero "fenomeno politico", era rifiutata, dal momento che la nazione, "lungi dall'essere un fenomeno extragiuridico che incide sull'attività statale", acquistava una sua "particolare forma giuridica" per essere "rappresentata da un'istituzione di diritto pubblico", il Partito Nazionale Fascista.

Quest'ultima affermazione, che intrecciava il concetto di nazione con quello di partito che la nazione assorbiva, col dare legittimazione politica allo Stato fascista, serviva a dimostrare in quale misura il fascismo avesse offerto una sua risposta a quella questione che Lo Verde voleva posta in modo esemplare già dalla

dottrina giuridica nazionalista cfr. inoltre C. LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano 1938, pp. 117 ss.; sui giuristi del nazionalsocialismo cfr. di recente A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, 2 voll., Firenze 1999; sulla dottrina della "comunità di popolo" e del *Führerstaat* cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari 2000, pp. 62 ss., che accenna anche all'"organicismo psicologico e il concetto spirituale di nazione", *ibid.*, pp. 87 ss. Sulla "differenza decisiva" tra l'Italia fascista e la Germania nazionalsocialista, per cui la prima "non perde le caratteristiche dello Stato di diritto borghese", mentre nella seconda il Partito nazista, "che pretendeva di incarnare in sé la volontà della nazione tedesca, ha fatto di tutto per disgregare e dissolvere lo Stato tedesco", cfr. H. SCHULZE, *Aquile e leoni* cit., p. 551. Su Jerusalem e Koellreutter cfr. ora anche P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 325 ss.

(224) Sull'antikelsenismo dei giuristi fascisti, tesi ad esaltare lo Stato come "realtà concreta" cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 229 ss. Sul Kelsen da ultimo cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna 2000.

prolusione di Santi Romano: se la “crisi dello Stato moderno”, che “travaglia le democrazie europee”, risiedeva nel contrasto tra Stato e organizzazione della società sulla base di interessi particolari, per aver saputo valorizzare il “dinamismo della società”, lo Stato corporativo era presentato come punto di sintesi tra unità dello Stato e particolarismi. Sulla base della I Dichiarazione della Carta del Lavoro la coincidenza Stato-società si realizzava in virtù della “rappresentanza della nazione”, assicurata dal partito “che persegue fini nazionali”, il PNF, “istituzione di diritto pubblico subordinata e controllata dallo Stato fascista” ⁽²²⁵⁾, e che veniva ad acquisire così maggiore visibilità della stessa nazione, fino a dover divenire il vero protagonista del sistema costituzionale e l’oggetto più rilevante per la scienza giuridica.

La recensione di Costamagna a questo scritto, che più di tutti i pur numerosi interventi si avvicinava all’impostazione totalitaria della dottrina tedesca, da un lato apprezzava “il senso di vero realismo” sotteso nell’invito, rivolto ai giuristi da Lo Verde, ad una “unità di dottrina politica, senza la quale lo Stato italiano non potrebbe essere e rimanere fascista”; dall’altro prendeva le distanze da un ragionamento in cui un eccesso di ideologia — la centralità del partito — pareva confondere l’analisi tecnico-giuridica. Il direttore de “Lo Stato” confutava dunque l’improbabile continuità, “non storicamente ammissibile”, tra Statuto albertino e commento di Mussolini allo Statuto del PNF, e soprattutto respingeva l’affermazione per la quale la Nazione “rileverebbe finalmente ad entità giuridica in virtù del PNF che la rappresenta e ne esprime la volontà”. Col ridimensionare il partito, che andava peraltro assurdo a un ruolo fondamentale nel dibattito della dottrina, per

⁽²²⁵⁾ G. LO VERDE, *Il concetto giuridico di nazione nella dottrina fascista e nella recente dottrina tedesca*, in “Il Circolo Giuridico”, II, 1931, pp. 182-194. Questo saggio, assieme ad altri del Maraviglia e del Panunzio, viene assunto come esempio dell’operazione teorica per la quale la nazione, “collocata nel posto centrale e dominante di tutta l’ideologia fascista in quanto elemento di aggregazione e personificazione della totalità degli interessi... costituiva l’indispensabile finzione in virtù della quale il partito... poteva qualificarsi come il punto di effettiva coincidenza fra la totalità dei confliggenti interessi economico-sociali e l’unità dell’interesse generale dello Stato” da L. ORNAGHI, *Stato e corporazione* cit., pp. 281 ss. Su questo aspetto del partito nella giuspubblicistica del fascismo cfr. ora P. COSTA, “*Lo Stato totalitario*” cit., pp. 112-129.

Costamagna era invece il “Paragrafo I” della Carta del Lavoro a “realizzare giuridicamente la nazione” (226).

Ma anche gli interventi più apologetici sulla Carta del lavoro non sembravano poter prospettare un radicale ripensamento degli schemi della teoria dello Stato giuridico; ad esempio Corrado Petrone da una lato trasferiva la rappresentazione del “mito” (227) dallo Stato alla nazione, dall’altro assegnava la sovranità alla nazione solo in quanto “giuridicamente organizzata, cioè Stato”. Nella “nuova concezione fascista” la nazione era dunque “realtà morale”, “missione, sacrificio, programma sempre da compiersi... unità riassuntiva della serie indefinita delle generazioni... anima, persona, volontà possente”. La sovranità nazionale era riconsiderata in questo “nuovo” quadro politico-ideologico: lo Stato “raggiunge i suoi fini supremi servendosi del suo potere sovrano, che non emana dalla somma delle singole sovranità individuali, bensì dalla Nazione, nella quale non è possibile individuare la parte di sovranità del singolo”. Da qui la critica del principio della sovranità popolare, per aver considerata la nazione “somma di individui”, con la cancellazione di “ogni gerarchia, ogni autorità”, per cui ognuno aveva “il diritto di discutere il fondamento della sua obbedienza alle leggi dello Stato”. Per il fascismo invece la sovranità apparteneva alla Nazione, ma in quanto “giuridicamente organizzata, cioè allo Stato”.

La continuità di queste pagine con la giuspubblicistica dell’età liberale era esplicitamente ammessa da una nota bibliografica che l’autore poneva a conclusione del saggio, ove si ricordavano il Santi Romano de *Lo Stato moderno e la sua crisi* e il Ranelletti del *Sindacalismo nella pubblica amministrazione* come “notevoli precedenti della dottrina della superiorità della nazione rispetto agli individui divisi o raggruppati che la compongono”. La novità dello scritto del Petrone risiedeva solo nell’enfasi riposta sulla sovranità “attributo dello Stato non solo in quanto organo supremo del diritto, ma supremo ente etico”; nell’insistenza sullo “Stato sovrano a fatti e non parole, Stato forte, corporale realtà della stirpe”. A

(226) C. COSTAMAGNA, *recensione*, in “Lo Stato”, III, 1932, pp. 70-71.

(227) Sulla “rappresentazione dello Stato fra mito e analisi” da parte dei giuristi cfr. P. COSTA, *La giuspubblicistica* cit., pp. 176 ss. Più in generale sul tema del mito nel pensiero politico pare ancora d’obbligo E. CASSIRER, *Il mito dello Stato*, Milano 1971.

differenza dello “Stato liberale democratico”, accusato di non aver “organizzato” il “corpo sociale”, il fascismo aveva saputo “regolare l’attività dei cittadini non in quanto tali ma come produttori”, sempre in vista della “missione di tendere alla elevazione morale della Nazione” (228), che vedeva però nello Stato l’attore della realizzazione.

Una analoga riproposizione degli schemi tradizionali della giurispubblicistica era espressa da un saggio di Benvenuto Donati, che già nel 1907 aveva indicato “teoria giuridica della nazione”. Una ricostruzione storica era ora tesa a mettere in relazione principio di nazionalità e principio corporativo; l’autore voleva d’altro canto anche marcare la discontinuità tra lo Stato liberale e lo Stato fascista, di cui era “presupposto indeclinabile il rafforzamento del potere esecutivo, o, meglio ancora, la restaurazione del potere governativo”, il tema che era stato al centro della preoccupazione del Rocco. Per Donati dunque il Regno d’Italia — visto nei termini di “prosecuzione dello stato sardo”, “prodotto della nazionalità italiana” perché improntato dalla manciniana teoria della nazione come “unità spirituale” — “nell’avvento della forma politica unitaria e indipendente” aveva saputo costruire “la garanzia migliore per la tutela degli interessi individuali e di classe che potevano farsi valere attraverso le istituzioni rappresentative”.

D’altro canto il “collegamento tra lo Stato nazionale e le istituzioni rappresentative” era stato improntato dal liberalismo individualista, che aveva creduto di risolvere il conflitto delle classi in virtù di un liberismo economico, di cui l’abolizione delle corporazioni privilegiate d’arti e mestieri effettuata dalla legge del 29 Maggio 1864 sembrava il punto d’avvio. Ma ben presto la “cosiddetta questione sociale” aveva mostrato che la “semplice attuazione del principio di nazionalità... senza ulteriori sviluppi organici per entro la compagine sociale”, aveva finito, “e non sembri un paradosso, per mettere in crisi lo Stato nazionale”. Pertanto la celebre prolusione del 1909 di Santi Romano “sulla crisi dello Stato in relazione allo Stato moderno”, le teorie del Ranelletti, e soprattutto quelle di Alfredo Rocco, giuristi definiti “nostri maggiori maestri di diritto pubblico”,

(228) C. PETRONE, *Stato e Nazione nella concezione fascista*, in A. TURATI-G. BOTTAI, *La Carta del lavoro*, Roma 1929, pp. 101-108.

erano lette dal Donati in chiave di auspicio di un “sindacalismo nazionale”, in grado di “far convergere le volontà sotto l’ispirazione di un interesse superiore, che accomuna i contrapposti elementi del rapporto sociale”.

La dichiarazione I della Carta del lavoro — “la nazione italiana unità morale, politica, economica” — era problematizzata come il paradigma dello Stato “sorto dalla rivoluzione italiana in antitesi con il tipo di Stato moderno, conseguente alla Rivoluzione francese”. Pertanto il “principio di nazionalità” risorgimentale, riletto in termini di “autonomia esterna”, e il “principio corporativo”, delineato come base della “solidarietà interna”, divenivano i “due momenti di quella luminosa realtà che è la nazione” (229).

Alla celebrazione della Carta del lavoro non si sottraeva Biagio Brugi, che peraltro voleva dimostrare una continuità tra l’idea di “nazione come unità morale, politica ed economica, superiore agli individui e che si incarna nello Stato”, e la più risalente teoria, anche da lui condivisa e insegnata agli “scolari”, dello Stato che “riduce ad unità le classi sociali... organo dell’azione collettiva del popolo”. Brugi rivendicava dunque d’aver “sostenuto da anni l’impotenza della società civile senza Stato o fuor dello Stato”. Più che sulla nazione l’enfasi era riposta ancora una volta nello Stato; il discorso tradizionale veniva innovato solo sul piano declamatorio, con l’allusione alla “supremazia dello Stato fascista”, cui si riconosceva il merito di aver “ridotto anche i ribelli di un tempo a forte e compatta unità politica” (230).

Anche nell’ambito del corporativismo, a parte alcune eccezioni, parevano dunque pochi gli interventi disposti a rinunciare alla riproposizione della teoria giuridica dello Stato, peraltro riletta in chiave di “restaurazione”, *rectius* accentuazione rispetto all’età liberale, del potere esecutivo, in nome di un nuovo metodo capace di costruire l’identificazione totalitaria di Stato e società. In questo senso una recensione dell’opera del Navarra consentiva al Forti di negare l’“autonomia” scientifica del diritto corporativo, la sua atti-

(229) B. DONATI, *Dal principio di nazionalità al principio corporativo*, in “Lo Stato”, I, 1930, pp. 277-294.

(230) B. BRUGI, *Nazione e Stato nella Carta del Lavoro*, in “Il Diritto del Lavoro”, I, 1928, p. 138.

tudine a definire costrutti alternativi a quelli tradizionali della giurispubblicistica.

Il Forti rilevava dunque il significato meramente politico dell'operazione volta ad inquadrare i concetti di nazione e di fine nazionale nell'ordinamento, fino quasi a riconoscere sul piano del diritto autonomia alla nazione rispetto alla più corretta scelta scientifica di assorbirla nell'orbita dello Stato. Ma se anche per Navarra la nazione trovava la sua configurazione giuridica nello Stato, non appariva necessaria l'esigenza di un mutamento, o anche solo di un aggiornamento, degli "schemi tradizionali della teoria *giuridica* dello Stato" ⁽²³¹⁾, (del Forti la sottolineatura, a segnare l'importanza del passaggio). In altri termini, pur nella valorizzazione delle trasformazioni del diritto pubblico introdotte dal regime, non si poteva rinunciare a quell'orlandiana "equivalenza" di "popolo" e Stato, in questo caso di nazione e Stato, che aveva rappresentato uno dei cardini posti dalla scuola giuridica nazionale alla base della scienza del diritto pubblico. Nel volere ancora al centro del discorso giuridico lo Stato sovrano, e la nazione che solo "giuridicamente organizzata", cioè Stato, poteva acquisire rilevanza per il diritto, la giurispubblicistica nazionale voleva differenziare il suo approccio dall'ipotesi dell'identificazione totalitaria Stato-nazione, talora prospettata dal corporativismo, ma reputata dal Forti idonea a costruire un'esegesi meramente politica, e non giuridica, della Dichiarazione I della Carta del Lavoro.

6. *Stato-persona e nazione fascista.*

Negli anni trenta una monografia di circa trecento pagine di quel Guido Bortolotto che agli inizi del secolo aveva scritto le *voci nazione e nazionalità* per il *Digesto italiano* risaltava come l'intervento più ampio teso a riportare, pur nel diverso quadro politico e istituzionale, il rapporto Stato-nazione nello schema dello Stato-persona. Nel riprendere non pochi spunti di quelle sue risalenti

⁽²³¹⁾ U. FORTI, *Sull'autonomia* cit., p. 497. Rileva che questa operazione finiva per occultare dietro il polo statale quello "sociale", e che l'autore intendeva così "rassicurare... della permanente affidabilità del vecchio modello pur nella diversa contestualità politico-istituzionale", P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., p. 106.

considerazioni sui fattori, la storia, le definizioni, di nazione e nazionalità, aggiornandole però alla luce dell'“ordinamento giuridico fascista”, l'autore rivelava infatti una marcata continuità con le tesi di quella giuspubblicistica “tradizionale” che si erano risolte nel pensare il concetto giuridico di nazione assorbito nell'orbita dello Stato, che questa solo sottintendeva. La proclamazione enfatica “dalla Nazione è sorto lo Stato fascista” si coniugava infatti con il problematizzare ancora una volta lo Stato come l'“organizzazione giuridica della nazione”.

Si ripercorreva allora l'ampia riflessione della dottrina sul principio di nazionalità, a partire dal pensiero del Mancini; anche se, non a caso, il Bortolotto riconosceva agli Stati, e non alle nazioni, il carattere di “soggetti” del diritto internazionale. La nazione era definita infatti “persona sociale e politica”, “momento sociologico”, da distinguere dal “giuridico”; non poteva insomma “essere considerata sotto il punto di vista della soggettività giuridica” (232).

Ma anche nel lavoro di questo autore non mancava l'impostazione politica, “militante”, che si concretizzava nel riprendere temi e argomenti del nazionalismo e dell'idealismo per mostrare come la Carta del Lavoro, sul piano ideologico, avesse saputo costruire uno “Stato gerarchico”, “realtà fattiva della vita nazionale”, in cui ai “diritti del cittadino” erano subentrati quelli della nazione. Principio di nazionalità e principio corporativo convergevano dunque per creare la “coscienza nazionale”, il “sentimento di appartenenza allo Stato”; l'acuta contraddizione dell'età liberale tra “Stato-Stato di tutti” e “società-Stato degli abbienti”, era superata in virtù dell'“unità economica della nazione”. Si prospettava infatti di sostituire il dualismo “demo-liberale” con un modello di Stato fascista connotato dal “fine politico” di dirigere con “autorità e disciplina” l'“energia sociale del popolo”, “interpretare il presente storico di una nazione”; anche se le pagine più meditate dell'ampia monografia attingevano ancora al pensiero di Santi Romano nel problematizzare “realtà sociali funzionanti nell'orbita dello Stato” (233).

Proprio sul terreno del “fine politico” che connotava l'originalità dello Stato fascista, il Bortolotto rileggeva criticamente sia le

(232) G. BORTOLOTTI, *Lo Stato fascista* cit., p. 58.

(233) *Ibid.*, p. 99.

teorie di “vecchi scrittori e trattatisti che hanno confuso colla politica l’ordinamento dello Stato”, che la “moderna dottrina”, costruita dalla scuola nazionale, per la quale “la scienza del diritto costituzionale deve studiare dell’ordinamento dello Stato solo il rapporto giuridico”. In nome di uno Stato non “inerte, non semplice funzione o pura finzione”, cui si assegnavano inediti compiti di “potenza” e di “sviluppo etico” — una “finalità positiva, attiva, costruttiva” — da un lato si valorizzava il “fine politico dello Stato fascista”, che aveva consentito la “realizzazione giuridica della nazione come unità politica”; dall’altro, sul piano del ragionamento giuridico, era ancora lo schema dello Stato-persona a negare alla nazione rilevanza autonoma rispetto allo Stato ⁽²³⁴⁾.

Le pagine sulla personalità giuridica dello Stato tentavano infatti di inquadrare la I Dichiarazione della Carta del Lavoro nella “precisa sintetica definizione” di Santi Romano sullo “Stato persona giuridica territoriale sovrana”; e con espliciti riferimenti al Ranelletti e all’Orlando Bortolotto individuava nel “concetto di persona essenzialmente giuridico” il “cardine di ogni ordinamento”. Soprattutto la riflessione sulla sovranità, “assoluta, posta a contatto con la personalità giuridica dello Stato”, riproponeva lo schema orlandiano: l’autore sottolineava con forza che la “sovranità, come la personalità giuridica, secondo i nostri principi di diritto pubblico, appartiene allo Stato e non ad altri che allo Stato” ⁽²³⁵⁾.

D’altro canto Bortolotto si poneva il compito di riconsiderare in questo quadro tradizionale della giuspubblicistica anche la nazione fascista, cui soprattutto la Carta del Lavoro aveva assegnato un’indubbia centralità; per questo giurista restava però un punto fermo la distinzione tra nazione “che anche costituita in unità morale, politica, economica, non è ancora né può essere Stato, perché manca ad essa la realtà giuridica”, e lo Stato “persona giuridica” ⁽²³⁶⁾.

E dunque al di là dell’enfasi sulla nazione “coscienza, sentimento, cultura, pensiero, realtà operosa, unità morale”, opposta a “classe”, e per questo valorizzata dal fascismo, definito “movimento nazionale”, essa rimaneva “presupposto” o “essenza” di quello Stato

⁽²³⁴⁾ *Ibid.*, p. 207.

⁽²³⁵⁾ *Ibid.*, p. 216.

⁽²³⁶⁾ *Ibid.*, p. 264.

cui si guardava in termini di “personalità, volontà, sovranità, ordinamento”; la nazione era al massimo un connotato “politico” dello Stato, quest’ultimo “soggetto e forza del diritto” (237). In definitiva, per Bortolotto, se si voleva poter parlare di “personalità giuridica e di sovranità della nazione”, si doveva intendere la “nazione diventata Stato, che è veramente il soggetto dei diritti” (238).

Nella stessa logica volta a ricondurre la “nazione fascista” nello schema dello Stato-persona degli Orlando, Ranelletti, Romano, Sergio Panunzio poneva alla scienza giuridica il compito di trattare da “giuristi” l’“argomento” nazione e nazionalità, per passare dalle “apoteosi del sentimento nazionale” alle “rigorose analisi e chiarificazioni del diritto”; nelle pagine che nel 1933 premetteva alla pubblicazione del suo saggio del 1917 sul dibattuto tema del principio di nazionalità, e che rappresentavano un importante contributo alla problematizzazione della questione all’indomani della Carta del Lavoro, rendeva dunque esplicita una significativa polemica con tante prese di posizione della dottrina dai toni a suo avviso inutilmente declamatori e “teorici” (239).

Da tempo il giurista pugliese aveva guardato al principio di nazionalità per iniziare a definire uno dei concetti chiave del suo pensiero, il “sindacalismo nazionale”, sintesi di due termini reciproci, sindacato e nazione, per cui quest’ultima risultava “organicamente” dalle concrete “organizzazioni sociali” e non dal “polverio individuale” (240). Nel presentare in un quadro politico profondamente mutato il saggio del 1917, il Panunzio voleva precisare il concetto di nazione come “soggetto sociale a sé stante, collettività irriducibile agli elementi individuali che la compongono”; la nazione era dunque definita un “organismo sociale e morale”, cui si negava la qualità di “persona in senso giuridico, nel senso tecnico della scienza di diritto pubblico” (241).

Cadeva così l’identificazione Nazione-Stato, e “sentimento nazionale”-“sentimento dello Stato”; per Panunzio lo Stato non era

(237) *Ibid.*, p. 268.

(238) *Ibid.*, p. 302.

(239) S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., p. 10.

(240) S. PANUNZIO, *Una forza* (1918), in *Stato nazionale e sindacati*, Milano 1924, p. 30.

(241) S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., p. 21.

soltanto la nazione-società ridotta ad “unità”, ma l’*“unità che comanda”* — (dell’autore il corsivo, a sottolineare la centralità del passaggio) — l’unità imperante, l’unità sovrana”⁽²⁴²⁾. Per svolgere più ampiamente quest’affermazione Panunzio si dilungava in modo particolare nel discutere le tesi del Carré de Malberg, e rifiutava la diversificazione sovranità popolare-sovranià nazionale e l’identificazione dello Stato con la nazione giuridicamente organizzata, tesi queste che voleva esser state indicate dal giurista francese. Il ricorso alle teorie dell’Hauriou⁽²⁴³⁾ e del Duguit — che Panunzio riteneva accomunati dal rifiuto circa la presenza, nello Stato, di due persone distinte, Stato e nazione — serviva inoltre a porre in discussione la “popolare” e “corrente definizione dello Stato come nazione giuridicamente organizzata”. Panunzio criticava infatti vivacemente il senso di ricorrere a *“due termini”*, Stato e nazione, come se al “mistero teologico della Trinità dovesse seguire quello giuridico della dualità”.

Per il giurista pugliese nazione e sovranità nazionale erano dunque *“concetti di cultura”*, non “giuridici”; per evitare “dualismi ingombranti e aberranti” si poteva porre la nazione al posto della “persona giuridica statale”, ma l’oggetto della scienza giuridica restava ancora lo Stato-persona; e dunque, sul terreno dei “concetti giuridici”, si poteva parlare solo di sovranità dello Stato⁽²⁴⁴⁾.

A seguito delle profonde modificazioni politico-istituzionali prodotte dalla “rivoluzione fascista”, il Panunzio avrebbe cercato — al di là degli esiti⁽²⁴⁵⁾ — “una nuova dommatica costituzionalistica” in grado di rifondare il modello statale, con la costituzionalizzazione dei principi del fascismo e del corporativismo in virtù del partito unico-Stato o “Stato-partito”⁽²⁴⁶⁾, l’istituzione da cui dove-

⁽²⁴²⁾ *Ibid.*, p. 18.

⁽²⁴³⁾ M. HAURIUO, *Etudes constitutionnelles. La souveraineté nationale*, Paris 1910, opera discussa ampiamente da S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., pp. 53 ss.

⁽²⁴⁴⁾ S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato* cit., pp. 32 ss.

⁽²⁴⁵⁾ “La necessità di salvare lo specialismo giuridico tradizionale si rivelava inconciliabile con l’esigenza politica di fondarlo su principi diversi da quelli tradizionali dello Stato di diritto”. Così G. CIANFEROTTI, *Il pensiero* cit., p. 270.

⁽²⁴⁶⁾ Sulla cruciale questione del rapporto partito e Stato nel regime, posta anche da Panunzio, cfr. tra gli altri L. ORNAGHI, *Stato e corporazione* cit., pp. 273 ss.; P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 252 ss.

vano derivare le nuove configurazioni del diritto pubblico ⁽²⁴⁷⁾. Ma nelle pagine di premessa al saggio del 1917 Panunzio mostrava di aderire ancora alla scuola giuridica nazionale, soprattutto nel porre l'organizzazione "culturale" della nazione come anteriore alla personalità giuridica dello Stato, e nell'individuare la sovranità nazionale come mero profilo della "formazione" della stessa sovranità; mentre il concetto di Stato sovrano era problematizzato dal "punto di vista dell'esercizio (ed io dico prima di tutto dell'essenza) di una sovranità già formata... secondo il mio concetto la Nazione sale allo Stato" ⁽²⁴⁸⁾. In altri termini, Panunzio pareva considerare irrilevante sul piano giuridico tutto quel che era posto oltre il quadro del diritto positivo, tutto quel che precedeva lo Stato-persona.

D'altro canto il giurista pugliese, concludendo la presentazione del suo saggio del 1917, ricordava di avervi più che altro trattato gli aspetti internazionalistici della nazionalità; sottolineava inoltre che al momento in cui scriveva, nel cuore degli anni trenta, l'"*interesse*" della questione si era spostato verso l'"aspetto interno della essenza o costituzione della nazione": lo "Stato nazionale o Nazione Stato", creato dalla Carta del Lavoro — definita l'"espressione sintetica della Rivoluzione fascista" — aspettava una "determinazione concettuale e analisi critica dei concetti che alle parole Società, Popolo, Nazione, Stato corrispondono"; questo per Panunzio voleva essere il "contributo del volumetto" ⁽²⁴⁹⁾.

La recensione di Costantino Mortati a questo lavoro del "maestro", lungi dal mero riassumere le tesi del Panunzio, sembra rivestire un notevole interesse, per prospettare questioni cruciali e che saranno sviluppate più diffusamente in tutta la complessa riflessione del giurista calabrese. Per Mortati, dunque, col dopoguerra il concetto di nazione aveva assunto un'indubbia centralità, sia sul piano del diritto internazionale, con la Società delle Nazioni, sia sul

⁽²⁴⁷⁾ S. PANUNZIO, *Criteri per lo studio del diritto costituzionale fascista*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova 1933, II, p. 246; ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova 1937, pp. 65 ss. Sulla preoccupazione del Panunzio di dimostrare che il fascismo non aveva attuato una mera restaurazione dell'autorità dello Stato ma aveva coinvolto "sentimentalmente" i soggetti nella costruzione di una nuova Italia, cfr. P. COSTA, *Civitas cit.*, 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia cit.*, pp. 236 ss.

⁽²⁴⁸⁾ S. PANUNZIO, *Popolo, Nazione, Stato cit.*, pp. 33 ss.

⁽²⁴⁹⁾ *Ibid.*, pp. 38-39.

piano del diritto pubblico, in virtù del fascismo e della sua “compenetrazione del sociale nell’organizzazione giuridica dello Stato”.

Su quest’ultimo terreno anche Mortati voleva prospettare una presa di distanza dalla “raffigurazione di una doppia personalità dello Stato e della Nazione”, a suo avviso operata dal Carré de Malberg, e per la quale lo Stato trovava la sua realtà nella nazione che ne costituiva il “sostrato”. Infatti per il costituzionalista calabrese la conseguenza di questa raffigurazione si sarebbe risolta nell’“attribuzione alla nazione del potere costituente”; la nazione avrebbe potuto anche “contrastare l’azione dello Stato”, quando questa non avesse aderito alle “nuove esigenze nazionali, fino a giungere alla trasformazione”.

Era posto in questi termini il “principio della sovranità nazionale”, cui Mortati riconosceva di aver esercitato un ruolo cruciale nella formazione dello Stato moderno, col “sorgere dell’esigenza dell’uguaglianza giuridica e il libero svolgimento della personalità”, fino a realizzare quel “complesso ordinamento che si è convenuto di chiamare Stato di diritto”, e per il quale l’azione dello Stato doveva riflettere il “sentimento nazionale” e “adeguarsi al suo progressivo svolgimento”.

Con un’ottica continuistica, che impronterà tante pagine del Mortati, lo Stato fascista era visto come “inserito in questo processo storico”, anche se — e qui per la recensione stava la cruciale novità — all’“astratta identificazione fra Nazione e Stato”, prospettata dalla dottrina liberale, il fascismo aveva saputo rispondere con la “pratica realizzazione di tale identità”. Del resto per il costituzionalista calabrese la formula della sovranità dello Stato indicata dalla scuola giuridica nazionale a partire da Orlando non restituiva la concretezza della sostanza politica dello Stato; era necessaria una connotazione della sovranità più politicamente pregnante di quella costruita dalla giuspubblicistica tradizionale. Infatti lo Stato fascista era chiamato da Mortati ad agire per il “potenziamento dei fattori di integrazione nazionale”, a dar “veste e capacità giuridica alle istituzioni spontaneamente elaborate dalla Nazione”; da qui l’apprezzamento per il “complesso di norme” che venivano viste come strumenti per “compenetrare sempre più intimamente la forma dell’azione giuridica dello Stato col contenuto sociale della Nazione”, dalla Carta del Lavoro alla riforma della rappresentanza, che

aveva “eliminato il regime parlamentare”, ma che, per Mortati, lungi dal “potersi interpretare come rigetto del carattere rappresentativo dell’ordinamento statale ne ha costituito un’accentuazione” (250).

Già con questa breve recensione Mortati sembrava dunque aprire un complesso discorso sulla rilevanza giuridica, e non solo politica, della nazione, col prospettare un rapporto tra Stato e nazione diverso sia dai termini meramente declamatori tesi ad annullare ogni dualismo, sia dalla ben più diffusa opzione di assorbire la nazione nello Stato, termine-concetto quest’ultimo che ai giuristi era parso fino ad allora meno sfuggente e più ricomprensibile nei consueti schemi disciplinari.

7. *La “rilevanza giuridica” della nazione.*

Verso la fine degli anni trenta, all’indomani delle cruciali trasformazioni del diritto pubblico italiano, due giuristi, diversamente orientati, ma impegnati entrambi in un importante sforzo costruttivo delle nuove realtà politico-istituzionali presentate dal regime, con particolare lucidità sceglievano di porre al centro del loro discorso il tema della rilevanza giuridica della nazione e di questo suo connotato nel rapporto con lo Stato. Le loro anche complesse considerazioni segnavano dunque una svolta rispetto alle numerose prese di posizione della dottrina, che fino ad allora ne avevano ammesso il carattere di concetto solo politico, o che avevano guardato ad un’integrazione totalitaria Stato-comunità nazionale: la novità risiedeva nel riconoscimento di una “volontà della nazione giuridicamente rilevante e produttiva di effetti giuridici”, che per Carlo Esposito era imposta dal fatto che “la nazione coincide con lo Stato nazionale e la volontà della nazione si esprime nella totalità dell’ordinamento giuridico; e che quella particolare organizzazione che

(250) C. MORTATI, recensione, in “Lo Stato”, V, 1934, pp. 206-214. Sul Mortati cfr., tra i più recenti, G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, e F. LANCHESTER, *Costantino Mortati e la “dottrina” degli anni trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. LANCHESTER, Napoli 1989, rispettivamente pp. 51ss., 110 ss.; M. S. GIANNINI, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. GALIZIA e P. GROSSI, Milano 1990, pp. 10 ss.; M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona* cit., II, pp. 656 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 220 ss.; P. COSTA, *Lo “Stato totalitario”* cit., pp. 140-141.

risponde al nome di Stato-persona rappresenta il soggetto dell'intero ordinamento nazionale" (251). Affermazione quest'ultima che sintetizzava in modo esemplare alcune considerazioni più ampie, svolte nel saggio *Lo Stato e la Nazione italiana* (252), pubblicato nel 1937. Nello stesso senso, dopo non poche polemiche con le teorie di Esposito, anche Mortati, pochi mesi prima della caduta del fascismo, approderà al pieno riconoscimento della "rilevanza giuridica del concetto di nazione" (253).

Nel denso e discusso saggio pubblicato nel 1937 sull'"Archivio di diritto pubblico", Esposito poneva dunque un forte accento sulla concretezza del processo storico della formazione della "nazione

(251) C. ESPOSITO, *Lo Stato nazionale fascista*, in "Stato e diritto", III, 1942, p. 186. Che l'Esposito fosse il rappresentante "brillante" della "tendenza a valutare giuridicamente e dommatizzare i rapporti originari tra Stato e Nazione... con assumere un concetto giuridico positivo di Nazione come istituzione sociale, ente ideale e di fatto, coincidente con lo Stato in senso largo, e distinta dalla persona giuridica governante, cioè dallo Stato in senso stretto o Stato-governo" era chiaro già a C. LAVAGNA, *Per una impostazione dommatica del problema della rappresentanza politica*, in "Stato e diritto", III, 1942, p. 196. Sul valore politico della teoria dell'Esposito, che si opponeva all'idea dell'identificazione Stato-nazione propria dei giuristi del regime, cfr. L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova 1972, pp. 851-890. Più in generale su Esposito, oltre al ricordo di V. CRISAFULLI, *Presentazione*, in *Studi cit.*, cfr. ora AA.Vv., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano 1993; la voce di F. LANCHESTER, sul *Dizionario Biografico degli Italiani*, 43, Roma 1993, pp. 278-382; ID., *Profili di giuspubblicisti italiani*, in *Momenti e figure del diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, pp. 183 ss.; P. COSTA, *Lo Stato immaginario cit.*, pp. 107 ss.; ID., *Lo "Stato totalitario" cit.*, pp. 98 ss.

(252) C. ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in "Archivio di diritto pubblico", II, 1937, pp. 409-485. Su questo scritto dell'Esposito, che accentua "valenze soltanto politiche e soltanto giuridiche, rispettivamente, di nazione(-Stato) e di Stato(-persona), cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario cit.*, pp. 107-108; sul rapporto Stato-nazione descritto nei termini della rappresentanza istituzionale cfr. ID., *"Lo Stato totalitario" cit.*, pp. 98. A proposito dei lavori di Esposito osserva che "se negli scritti del periodo fascista il popolo sembra ben contrapporsi alla nazione... nei saggi successivi al 1948 è il popolo stesso che sembra presentarsi... come un concetto che supera quello di nazione", D. NOCILLA, *Sovranità popolare, rappresentanza e partiti politici*, in AA.Vv., *Il pensiero costituzionalistico cit.*, p. 76. D'altro canto lo stesso Nocilla sembra rilevare una sostanziale visione unitaria del pensiero espositiano prima e dopo la Costituzione, come a suo tempo già affermato da C. MORTATI, *Carlo Esposito*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1965, p. 981, e da V. CRISAFULLI, *Presentazione cit.*, p. IX.

(253) C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione* (1943), in *Raccolta di scritti*, IV, *Problemi di politica costituzionale*, Padova 1972, pp. 555-573.

italiana” — laddove questa espressione sembrava preferita a quella più politicamente pregnante di “nazione fascista” — ed apriva la sua riflessione col richiamo alle diverse prospettive poste da una “dottrina dominante”, tesa a distinguere Stato e nazione, ed una più recente “concezione”, che riteneva indotta da “ragioni politiche e storiche”, circa la loro inscindibilità ⁽²⁵⁴⁾.

Il dogma dello Stato-persona orientava il complesso ragionamento di questo giurista, ora teso a far coincidere, ora teso a tener separati, Stato e nazione; questi erano dunque delineati come due concetti ben distinti proprio sul terreno della personalità giuridica, dal momento che, per Esposito, “la personalità giuridica nelle nostre leggi è costantemente considerata propria dello Stato mai della Nazione” ⁽²⁵⁵⁾.

La nazione era dunque definita in termini di “unità soggettiva e spirituale cui appartengono sia il territorio, sia il popolo, sia la stessa potestà d’imperio”; era problematizzata come un “ente sociale che può legare a sé le cose e gli uomini solo con il potere di fatto o con vincolo spirituale e non per via giuridica”.

A differenza di una cospicua dottrina giuspubblicistica, che nel tentativo di definire la nazione e il suo rapporto con lo Stato pareva aver trascurato la realtà del concreto quadro normativo italiano, fatta eccezione per taluni riferimenti alla Dichiarazione I della Carta del Lavoro, Esposito rivelava un’inedita e puntuale attenzione al dato legislativo: la lunga rassegna della legislazione in tema di nazionalità, “fine nazionale”, “interesse nazionale”, “difesa nazionale” serviva dunque per dimostrare in che misura le leggi italiane fossero state costruite sull’identità Stato-nazione, senza che il mutamento delle strutture politiche all’indomani dell’ottobre del 1922 avesse imposto una svolta. Pertanto anche le norme emanate dal regime venivano ricondotte alla legislazione dell’età liberale, che aveva voluto il territorio, la sovranità, il popolo, elementi costitutivi e comuni allo Stato, “ente politico e sociale”, e alla nazione; anche se i vincoli dello Stato con il suo territorio, popolo, potestà d’imperio, per quanto rilevanti per il diritto, non erano ritenuti da Esposito “giuridici”. Nazione e Stato come “ente di fatto” vedevano dunque il ricono-

⁽²⁵⁴⁾ C. ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione* cit., pp. 409 ss.

⁽²⁵⁵⁾ *Ibid.*, p. 441.

scimento della loro identità in base a quelle disposizioni legislative che adoperavano l'espressione "nazione" e "nazionale" per riferirsi ai "simboli", al territorio, ai "cittadini-nazionali", alla "potestà d'imperio", alla difesa.

Secondo la "terminologia delle leggi" lo Stato come "ente di fatto" coincideva dunque con la nazione; lo Stato come persona giuridica se ne differenziava ⁽²⁵⁶⁾, anche alla luce di quella recente normativa — esemplare la legge sul Gran Consiglio del 1928 — che faceva riferimento all'"interesse nazionale", o delle norme tese a tutelare il sentimento di appartenenza alla nazione. Se il quadro legislativo presupponeva un'identificazione dello Stato e della nazione come "enti sociali", per Esposito la differenza era rilevante sul terreno dello "Stato persona giuridica"; l'impostazione tutta tecnica del discorso suonava critica degli interventi militanti di certi giuristi, cui Esposito opponeva che lo Stato-persona non aveva "una vita sentimentale che vada difesa, né esistono rapporti sentimentali con tale Stato (dato che i rapporti con esso non sono sentimentali ma giuridici)... nelle nostre leggi altra cosa è lo Stato nella sua veste di ente sociale, altro lo Stato-Persona, la Nazione si identifica col primo e non col secondo" ⁽²⁵⁷⁾.

Nella prospettiva dualistica dell'Esposito lo Stato-persona non si fondeva dunque con la nazione, ma la rappresentava "nell'esercizio giuridico della potestà d'imperio ed in genere nello svolgimento della sua attività". Era costruita in questi termini la "rappresentanza istituzionale" ⁽²⁵⁸⁾, anche se, per Esposito, questo suo concetto di rappresentanza voleva essere esclusivamente giuridico ⁽²⁵⁹⁾, dettato dalle norme dell'ordinamento al cui interno si poneva il giurista. La rappresentanza espositiana si risolveva in una mera situazione rappresentativa che occultava il rapporto che legava rappresentante (Stato-persona) e rappresentata (nazione): in questo senso Esposito

⁽²⁵⁶⁾ *Ibid.*, p. 442.

⁽²⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 449.

⁽²⁵⁸⁾ *Ibid.*, pp. 462 ss.

⁽²⁵⁹⁾ "...Tale rappresentanza è strettamente giuridica; e cioè presenta tutti i caratteri della rappresentanza giuridica. Essa per motivi che non è qui il caso di esporre ha ricevuto l'attributo 'istituzionale'.."; cfr. C. ESPOSITO, *Lo Stato Nazionale fascista* cit., p. 184.

intendeva l'affermazione per la quale gli organi dello Stato agivano in nome della nazione.

Del resto anche il Mortati, acceso critico di questa dottrina, pure ne coglieva la novità rispetto alle numerose teorie che avevano attribuito allo Stato carattere rappresentativo della nazione; riconosceva infatti allo sforzo di Esposito il tentativo di ricondurre la rappresentatività ad un concetto giuridico, in grado di superare la "vecchia teoria della rappresentanza politica"; il pensiero espositiano mirava a costruire un "rapporto in senso propriamente giuridico fra lo Stato e la comunità sociale sottostante, la quale, se legata dal vincolo della comune nazionalità, deve considerarsi ente di fatto giuridicamente rilevante, perché capace di entrare come uno dei termini del predetto rapporto rappresentativo" (260).

La distinzione tra Stato-persona e Stato ente "politico sociale" rappresentante la nazione serviva ad Esposito per ridimensionare l'enfasi di certa dottrina del corporativismo circa la natura rivoluzionaria della dichiarazione I della Carta del Lavoro, problematizzata invece da questo giurista nei termini di un "atto" "alle origini del Partito o di un organo del Partito e non dello Stato", che "né crea né impone ex novo di identificare Stato e diritto, ma solo riconferma tale identità riconosciuta nel nostro diritto" (261), cioè l'identità nazione-Stato ente di fatto.

L'intervento dell'Esposito, con la sua serrata argomentazione tecnica, si distaccava dunque da tutte le teorizzazioni ostili al dualismo Stato-società in nome di una totalitaria identificazione che

(260) C. MORTATI, *Sulla posizione del Partito nello Stato*, in "Stato e diritto", II, 1941, p. 281. Sulla teoria espositiana della rappresentanza "istituzionale", oltre a C. LAVAGNA, *Per una ricostruzione dottrinale* cit., pp. 194 ss; ed L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza* cit., pp. 851 ss.; cfr. anche D. NOCILLA-L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano 1987, pp. 543-609, ove si sottolineano le differenze tra il pensiero di Esposito e le tesi dell'Hauriou. Più in generale sul tema nevralgico della rappresentanza cfr. anche G. GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica tra Otto e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato* cit., pp. 231 ss.; AA.VV., *Rappresentanza e democrazia*, Bari 1988; G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano 1988; B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna 1999. Sulla rappresentanza negli anni del fascismo cfr. ora P. COSTA, *Lo "Stato totalitario"* cit., pp. 90-101; Id., *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 266 ss.

(261) C. ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione* cit., p. 484.

presupponeva il costante consenso del popolo al regime, cui conseguiva la legittimazione del potere. Invece ribadire che lo Stato rappresentava la nazione consentiva di ricondurre nell'alveo della costruzione dello Stato persona giuridica limitato dal diritto anche le istituzioni create dal fascismo, come il Gran Consiglio o il Consiglio Nazionale delle Corporazioni. Inoltre affermare che lo "Stato come persona giuridica che esercita entro la nazione la potestà d'imperio della nazione rappresenta la nazione", serviva a distinguere organi "al vertice dell'organizzazione statale" ed "organi dipendenti": tra i primi, ai termini dell'art. 2 dello Statuto, erano posti "il Re, il Governo del Re, la Camera dei deputati, il Senato, il Gran Consiglio del Fascismo, il Consiglio Nazionale delle corporazioni".

In virtù di queste argomentazioni, anche dopo le riforme costituzionali del fascismo, Esposito poteva inquadrare il diritto pubblico italiano nella "realtà" del "governo monarchico rappresentativo", una formula definita "ancora oggi assai più viva di quelle faticosamente escogitate dalla dottrina"; laddove Esposito si riferiva in particolare alla teoria prospettata dal Mortati e dal Panunzio, e intesa a definire il quadro giuspubblicistico nazionale nei termini di un "regime del Capo del Governo" ⁽²⁶²⁾.

L'identificazione di Stato e nazione come "enti reali" stava invece alla base dell'espositiano "rapporto rappresentativo", che, pur nel quadro dell'ordinamento fascista, voleva il governo politicamente responsabile verso la nazione. In altri termini, Esposito tentava di far rientrare la nuova realtà ordinamentale entro la categoria del governo rappresentativo, legata al liberalismo politico. Il punto era già chiaro a chi, come Caristia, contestava l'operazione espositiana, stigmatizzata come "politica" e non "giuridica", perché tesa a ricomprendere nel concetto di governo rappresentativo ordinamenti ormai diversi rispetto al dettato degli articoli 2 e 41 dello Statuto; dal momento che era stato "abolito il corpo elettorale ed eretta la camera dei fasci e delle Corporazioni", per Caristia la nuova rappresentanza, "a tipo strettamente gerarchico o totalitario", rive-stiva un carattere radicalmente diverso rispetto a quello dell'età liberale ⁽²⁶³⁾.

⁽²⁶²⁾ *Ibid.*, p. 479-480.

⁽²⁶³⁾ C. CARISTIA, *Aspetti recenti del concetto di rappresentanza*, in *Scritti storici*,

Il Mortati dedicava diverse pagine de *La Costituzione in senso materiale* proprio a *Lo Stato e la Nazione italiana*, “per l’importanza della tesi e l’autorità dello scrittore”; ma non riconosceva alla nazione la qualità di ente in grado di entrare in un rapporto giuridico di rappresentanza con lo Stato, a suo avviso chiamato da Esposito ad esercitare concretamente i poteri di spettanza della nazione ⁽²⁶⁴⁾. Nella sua opera più compiuta di quegli anni, il costituzionalista calabrese guardava alla nazione, definita “la comunità come tale, anche se omogenea”, negli stessi termini di altre “entità sociali”, cui negava un grado di giuridicità capace di “offrire quello stabile assetto complesso capace di formare il contenuto della costituzione materiale”, idoneo al “sorgere di quell’unità totale che si chiama Stato”, “che crea l’ordine giuridico”.

Per il Mortati del 1940 la rilevanza giuridica di un’“unità sociale” quale la nazione poteva realizzarsi solo attraverso un “organo” che, in virtù di una “apposita statuizione giuridica”, se ne fosse dichiarato “interprete”; ecco perché, come dichiarava in modo esemplare, “le solenni proclamazioni che affermano la sovranità della nazione, l’emanazione del diritto dal popolo hanno valore solo politico” ⁽²⁶⁵⁾.

In un altro intervento sulla rappresentanza istituzionale, Esposito ribadiva il carattere tutto giuridico, e non politico, della sua riflessione; e precisava che il rapporto di rappresentanza nazione-Stato e l’individuare nella nazione il momento di legittimazione dell’ordinamento non comportavano la rinuncia alla teoria della sovranità dello Stato e l’attitudine della nazione ad incidere sui contenuti della sovranità: “l’affermazione che il Governo dello Stato o singoli organi di tal governo rappresentano la nazione non sta a

politici, giuridici, I, *Scritti giuridici*, Milano 1953, pp. 452-460. Sul Caristia cfr. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero cit.*, pp. 288 ss.; F. LANCHESTER, *Carmelo Caristia e il dibattito sul metodo alle soglie del primo conflitto mondiale*, in ID., *I giuspubblicisti fra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino 1998, pp. 25-39.

⁽²⁶⁴⁾ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale cit.*, pp. 29-32 nota 32. Sulle teorie che ritenevano “la comunità sociale sottostante allo Stato già ordinata in un complesso unitario e fornita essa stessa di valore giuridico”, laddove “la figura più frequente” era proprio la nazione, cui però Mortati negava un ruolo nel “modo di essere dello Stato”, cfr. *ibid.*, pp. 35-39.

⁽²⁶⁵⁾ *Ibid.*, pp. 61-63.

significare che tale governo o tali organi abbiano il dovere di ispirarsi alle tendenze o agli interessi del popolo”. D’altro canto la teoria giuridica dello Stato consentiva di porre con forza la garanzia che le istituzioni statuali “nella esplicazione di funzioni e nell’esercizio dei loro poteri, prendono nella vita giuridica il posto della Nazione sovrana e perciò con i loro atti vincolano i sottoposti ed hanno autorità su di essi” (266). In altri termini, per Esposito, definire la nazione italiana il “soggetto dell’ordinamento giuridico e della potestà d’imperio che in esso si esprime” non doveva intendersi nel senso di una “nazione separata dall’ordinamento”, in grado di “creare, con atti giuridici particolari, l’ordinamento giuridico”; anche se per questo costituzionalista proprio l’esistenza di rapporti giuridici tra Stato e nazione pareva legittimare il potere statale (267).

Questo cruciale passaggio della riflessione espositiana era ripreso da Carlo Lavagna, che nella ricerca di una “rilevanza costituzionale” dei rapporti tra “popolo (società, nazione istituzione statale) e Stato-governo”, affermava che questo primo “termine” — per Lavagna, assai significativamente, era indifferente parlare di popolo o di nazione — poteva esser considerato un presupposto del secondo solo da un punto di vista “filosofico-giuridico”. L’instaurazione di “veri e propri rapporti giuridici positivi tra Stato-persona e altre unità sociali” esige che questi elementi fossero presi direttamente in considerazione dall’“ordinamento costituzionale”, diventando per questo motivo “giuridicamente rilevanti”. In altri termini, i rapporti giuridici potevano esser costruiti sulla base di elementi indicati, e non solo presupposti, dallo Stato-persona, e solo a seguito di questo riconoscimento da parte del “diritto”, popolo o nazione o società acquistavano rilevanza giuridica di fronte all’ordinamento (268).

(266) C. ESPOSITO, *La rappresentanza istituzionale*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova 1939, p. 314. Sullo “Stato come tale ad essere oggettivamente, istituzionalmente, rappresentativo della società”, laddove una “rappresentanza così intesa non è riconducibile alla liberale rappresentazione della volontà e merita di essere piuttosto definita come istituzionale” cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 4, *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., p. 267.

(267) C. ESPOSITO, *Lo Stato nazionale fascista* cit., p. 183.

(268) C. LAVAGNA, *Per un’impostazione dommatica* cit., p. 200. Su Lavagna cfr. *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, a cura di F. LANCHESTER, Milano 1996, in particolare

La coincidenza dello Stato nazionale con lo Stato italiano era riproposta da Esposito in un intervento che fin dal titolo, *Lo Stato fascista* ⁽²⁶⁹⁾, sembrava dover problematizzare una realtà costituzionale diversa dagli schemi tradizionali dello Stato giuridico, anche perché nel quadro consueto del rapporto Stato-nazione questo giurista inseriva ora un “nuovo” elemento, il PNF. Ciononostante il tema della rappresentanza imponeva ancora una volta l’“identificazione dello Stato con la nazione”, laddove per Esposito l’unità dei cittadini con lo Stato-ordinamento non si realizzava sul piano politico, ma trovava la propria giustificazione nelle norme, in particolare soprattutto nelle “disposizioni che attribuivano alla nazione la potestà d’imperio originaria e sovrana, e per le quali il governo dello Stato nel suo insieme comandava in nome e in rappresentanza della Nazione (onde l’art. 2 dello Statuto per cui il governo era rappresentativo), il Re regnava per volontà della Nazione e i deputati, per quanto eletti nei collegi elettorali, rappresentavano la nazione in generale...”.

Con un approccio saldamente ancorato alla teoria liberale, per Esposito gli articoli 2 e 41 dello Statuto imponevano dunque di guardare ancora allo Stato-persona come rappresentativo della nazione. Lo schema consueto della rappresentanza consentiva inoltre a questo giurista di collocare nel quadro dello Stato giuridico anche il PNF, col distinguere tra “movimento fascista”, che aveva prevalso nella nazione, e partito, suo rappresentante istituzionale. Il primo doveva esser ritenuto subordinato alla nazione, di cui era parte; il secondo, per analogia, era subordinato allo Stato. In definitiva, dopo queste argomentazioni, Esposito poteva escludere la natura giuridica del partito come rappresentante della nazione ⁽²⁷⁰⁾.

In un intervento teso invece a porre con forza la centralità del partito unico nel quadro del diritto pubblico, il Mortati tornava a criticare il concetto di rappresentanza proposto da Esposito, dal momento che, a suo avviso, tutti gli interventi espositiani sottintendevano una “supremazia” della nazione sul “movimento fascista” ed

sulla produzione del giurista di Ascoli Piceno durante il fascismo cfr. M. GALIZIA, *Gli scritti giovanili di Carlo Lavagna alla soglia della crisi dello Stato fascista*, *ibid.*, pp. 17-137.

⁽²⁶⁹⁾ C. ESPOSITO, *Lo Stato fascista*, in “Jus”, 1940, pp. 12 ss.

⁽²⁷⁰⁾ *Ibid.*, p. 16.

una “preminenza dei rappresentanti della prima su quelli del secondo”. Per il costituzionalista calabrese si imponeva invece una scelta alternativa: o si riteneva il partito “abilitato ad interpretare in modo esclusivo le esigenze della nazione”, o si riconosceva a quest’ultima, e ai suoi rappresentanti, il “diritto di giudicare della conformità del partito agli interessi nazionali”, fino a “contrastare l’azione del partito”. Questa seconda opzione, che Mortati voleva implicita negli scritti espositivi, rimandava ad uno Stato “apolitico”, in contrasto con la “forma storica” di quello Stato cui pure anche Esposito aveva affermato di volersi riferire, e per il quale Stato, stando alla I Dichiarazione della Carta del Lavoro, “l’unità nazionale si realizza integralmente nello Stato fascista”.

Per questo motivo Mortati escludeva la possibilità di conferire alla nazione carattere di “elemento politicamente attivo e tuttavia rivestito del carattere dell’immutabilità e permanenza pur nel variare delle forme storiche assunte dall’ordinamento giuridico”; contestava ad Esposito l’inesistenza di una “terza possibilità” — che il costituzionalista calabrese voleva esser stata prospettata da questo giurista — tra il riconoscere alla nazione la capacità di “far valere limiti propriamente giuridici all’azione statale”, con l’implicita ammissione della sua natura di “organo dello Stato”, e l’esclusione di una tale possibilità, per cui alla nazione residuava la possibilità di “giudicare in termini politici od etici dell’azione dello Stato” (271).

Sulla natura della nazione come limite all’“azione dello Stato”, il Mortati svolgeva considerazioni che in seguito, come vedremo, parrà ripensare; ma al fine di dover dimostrare la preminenza del partito unico nell’ordinamento, sosteneva invece che “le teorie dirette ad affermare la nazione come ente a sé fornito di una propria forza, sia pure di fatto”, sottese al ragionamento espositivo, potevano avere forse “valore morale nel dare allo Stato la coscienza dei suoi limiti, cui la sua azione deve essere subordinata”; ma i “fini ultimi dell’azione statale” o erano presenti nella “coscienza dei cittadini”, e si imponevano “come forza effettiva, al di fuori di ogni costruzione giuridica”, o erano assenti, e non potevano avere alcuna efficacia. Lucidamente Mortati coglieva che il nodo nevralgico della questione risiedeva nella possibilità per la nazione di “affermare di fronte allo

(271) C. MORTATI, *Sulla posizione giuridica* cit., p. 284.

Stato che per definizione si è proclamato apolitico... una supremazia che condurrebbe, nello Stato fascista, a esplicitare una volontà diversa da quella del medesimo”, e per di più non attraverso i suoi “cosiddetti rappresentanti”, ma magari in virtù di “nuove forze politiche”, che erano state “vietate nello Stato totalitario”.

Mortati tornava inoltre su quella sua critica dell’idea anche espositiana di Stato come “ente esecutivo e apolitico, pura forma vuota di contenuto e che considera questo contenuto come immesso in esso dall’esterno”; concetto questo che a suo avviso precludeva “la possibilità di intendere nella sua interezza il fenomeno, veramente caratteristico dell’organizzazione statale moderna, degli elementi che precedono e condizionano nel loro contenuto l’emissione di comandi veri e propri”. In questo senso proprio il riconoscimento della rilevanza giuridica del Partito, “propulsore di tutta la vita sociale”, consentiva di ripensare quel “concepire lo Stato come forma statica, la sua volontà come già formata”, tipico della scuola giuridica nazionale; mentre doveva apparire rilevante per l’ordinamento giuridico “considerare interesse proprio dello Stato quello diretto a imprimere un dato impulso alla sua attività” (272).

La risposta di Esposito al giurista calabrese, e alla sua opzione di riconoscere al partito la natura di organo dello Stato con personalità giuridica, voleva ribadire già nel titolo dell’intervento, *Lo Stato nazionale fascista*, l’operazione tesa a minimizzare il ruolo del PFN e ad inquadrare la nuova realtà ordinamentale nello schema tradizionale dello Stato giuridico. Ancora una volta Esposito apriva infatti il suo ragionamento col richiamo alla natura dello Stato italiano di Stato “incarnazione giuridica della nazione o, come anche si dice, Stato nazionale”. L’“identificazione” era ritenuta un portato dell’esperienza storica, dalle “lotte per l’unificazione e indipendenza”, al compito assolto dalla “Famiglia regnante la cui storia era legata con la storia di tale unificazione, assurta alla dignità regia”, alle disposizioni legislative che avevano distinto tra cittadini e stranieri. Esposito ripeteva che la nazione coincideva con lo Stato nazionale,

(272) *Ibid.*, p. 296. Per la riflessione di Mortati sul partito, a partire da *La Costituzione materiale*, e oltre, nell’Italia liberata, cfr. M. FIORAVANTI, *Dottrine dei giuristi e dottrine del partito* cit., pp. 193 ss.; cfr. inoltre G. VOLPE, *Il costituzionalismo* cit., pp. 119 ss.

e che la volontà della nazione si esprimeva nella “totalità dell’ordinamento giuridico” sul terreno della rappresentanza “strettamente giuridica”; ribadiva inoltre che “quella particolare organizzazione che risponde al nome di Stato-persona rappresenta il soggetto dell’intero ordinamento nazionale”.

Al Mortati Esposito obiettava che lo Stato-persona non era rappresentativo della nazione per proclamarlo nelle leggi, ma, al contrario, perché questo “colle sue leggi crea l’ordinamento giuridico nazionale, è rappresentativo della nazione e quella proclamazione ha validità giuridica”; la formulazione dello Stato-persona rappresentativo della nazione non voleva avere “valore costitutivo della rappresentanza, ma significato ricognitivo”. In altri termini, per Esposito, l’idea della nazione “soggetto dell’ordinamento giuridico e della potestà d’imperio che in essa si esprime” doveva essere intesa nel senso della relazione tra nazione e ordinamento giuridico “in cui essa giuridicamente si concretizza”, e non nel senso che la nazione creava l’ordinamento. In questa prospettiva tesa a ribadire l’assoluta preminenza dello Stato-persona rappresentativo della nazione, la “rivoluzione fascista” non comportava un superamento dell’identità Nazione-Stato nazionale, il dover guardare alla nazione come ad una “particolare entità esistente entro lo Stato” tra altre, quali il Partito.

Lo schema della personalità dello Stato orientava allora anche la problematizzazione del rapporto tra “Nazione e Fascismo”, imponendo un “parallelo tra Stato-persona e Partito fascista”: il primo “rappresentava” la nazione, “soggetto dell’ordinamento giuridico”; il Partito, che non poteva esser posto come “organo dello Stato”, il “Movimento fascista”. Esposito concludeva la critica delle tesi del Mortati sottolineando, con una forza appena celata dietro un argomentare tecnico, che la “concordanza del Partito con lo Stato”, pur nei termini prospettati dal quadro legislativo del regime, “in Italia non era stata ottenuta stabilendo che il Partito come superiore imponga allo Stato i suoi desideri e questo come forma vuota li accolga” (273).

Mortati tornava a discutere la tesi di Esposito sulla rappresentanza con una *Prolusione* al corso di istituzioni di diritto pubblico letta all’Istituto universitario Navale di Napoli nel marzo 1943, e che

(273) C. ESPOSITO, *Lo Stato nazionale fascista* cit., p. 190.

fin dal titolo questa volta voleva dimostrare la rilevanza giuridica del concetto di nazione, “entrata nel mondo del diritto” perché elevata, a suo avviso, ad “elemento costitutivo dello Stato” dall’art. 3 della “Dichiarazione dei diritti”. Quella sorta di mito di fondazione della teoria della sovranità nazionale per Mortati era riuscito a “spersonalizzare il potere coattivo dello Stato, a rinvenire un centro di unificazione che non fosse concentrato in un uomo o in un gruppo, ma in un’entità puramente formale”.

Ma l’identificazione della nazione con lo Stato — che il giurista calabrese vedeva prospettata autorevolmente dal Carré de Malberg, con “risultati coincidenti con quelli della corrente positivista, che riponeva nello Stato la fonte del suo potere” — appariva datata, legata al liberalismo oligarchico dello Stato ottocentesco. Per Mortati la “sola considerazione delle forme legali, dei poteri costituiti dall’ordinamento normativo” non consentiva infatti l’“approfondimento della conoscenza del fenomeno statale”; la dottrina giuridica della nazione poteva invece consentire di leggere, “sotto il sistema delle norme”, il “sostrato reale” dello Stato, ciò che ne dava ragione del sorgere e della vigenza.

La tesi dell’Esposito sulla nazione ente di fatto, “sostrato della persona statale” intesa come realtà sociale, ma che “nell’ordine giuridico formale si trova nella posizione del rappresentato di fronte al rappresentante... che l’autore esprime con la denominazione di rappresentanza istituzionale”, ancora una volta era ritenuta esemplare della tendenza a comprendere nella sfera della giuridicità solo le “entità già costituite”, come se quel che non procedeva da una norma preesistente dovesse sfuggire al “mondo del diritto”. Mortati appariva invece convinto della giuridicità del “sostrato reale”, anche di ciò che era esterno alla previsione di un ordine normativo costituito; era inoltre ostile alla prospettiva per la quale il giurista doveva considerare il sistema delle norme “perfetto”, ed era dispensato da una ricerca sull’“effettivo valore delle norme”, sui profili posti oltre la loro “validità formale”.

In definitiva per il costituzionalista calabrese ridurre ogni forma di rappresentanza della nazione alla relazione formale di sostituzione ad essa della volontà dello Stato pregiudicava la comprensione dell’influenza concreta della nazione sul modo di essere e di agire dello Stato; in altri termini, cadeva la possibilità di afferrare la

sostanza reale, i contenuti dello Stato nazionale. D'altro canto Mortati sosteneva anche che le dottrine tese a considerare la nazione come persona morale precedente il sorgere e condizionante l'attività dello Stato, "elaborate soprattutto in Francia", finivano solo per spostare i termini del problema del suo rapporto con lo Stato, col riproporre ad esempio le incertezze sull'origine del potere dell'ente sovrano.

L'analisi del Mortati si spingeva allora dallo Stato al suo momento genetico, al "suo sorgere"; superando la separazione liberale Stato-società, il giurista calabrese collocava nella zona di costruzione dello Stato nella società il concetto di nazione, ritenuto, in continuità con la "migliore tradizione italiana", "costituito da un fatto prevalentemente spirituale". L'approccio radicalmente innovativo del Mortati si esprimeva nel fondare la giuridicità della nazione nel suo fornire allo Stato nazionale una serie di principi generali, costruiti come "limiti" alla volontà dello Stato, destinati a innervarne l'identità *materiale*, il "sostrato reale": "la rilevanza della Nazione nel campo del diritto" si risolveva nell'offrire all'ordinamento statale "che si proclami costituito su base nazionale il contenuto di una serie di principi generali destinati a influire sulla struttura organizzativa del medesimo". In questa prospettiva, proprio per il valore giuridico della nazione, la "volontà sovrana dello Stato... necessariamente si autolimita", nel senso di "accogliere nel proprio ordinamento una serie di criteri organizzativi i quali si pongono come elemento costante della sua struttura ed elemento direttivo della sua attività" (274).

A pochi mesi dalla caduta del regime, l'idea della nazione come "limite" dello Stato imponeva "anzitutto l'esigenza che l'ordinamento giuridico riconosca ad ogni cittadino la qualità di soggetto di diritto, attribuisca ad ognuno una sfera autonoma... senza che influiscano considerazioni desunte ad fattori di nascita o dall'appartenenza a classi, ceti, religioni, razze". E ancora postulava la costruzione di "garanzie, in primo luogo, di fronte all'ordine normativo già costituito, le quali consentano l'accertamento, anche contro gli organi dello Stato, delle eventuali violazioni. Garanzie, in secondo luogo, da valere nel momento stesso della formazione delle norme,

(274) C. MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione* cit., p. 562.

onde impedire che queste possano essere rivolte contro la medesima” (comunità nazionale). Erano raffigurati come “guarentigie” anche gli “istituti di rappresentanza politica”, “criterio direttivo all’attività del legislatore”.

Dopo queste affermazioni, senza rilevare la forzatura, la *Prolusione* riproponeva l’idea di una continuità tra Stato liberale e Stato fascista proprio sul terreno della “posizione conferita al cittadino di fronte allo Stato” (275). Del resto non era la prima volta che Mortati guardava al fascismo come alla strada obbligata per risolvere i problemi costituzionali dello “Stato moderno” sorto dalla Rivoluzione francese, e in questa logica non doveva sembrare paradossale l’affidare alla nazione rilevanza giuridica tale da imporre all’ordinamento fascista del 1943 una serie di “principi” tra i quali risaltavano il diritto all’autonomia individuale e all’uguaglianza giuridica.

Restava — e Mortati pareva proiettare anche questa lezione oltre il regime — la presa d’atto dell’impossibilità di riproporre l’idea liberale di tenere separati Stato e nazione-società, diritto e politica; la prospettiva storica stava a dimostrare che se attraverso la sovranità nazionale lo Stato liberale aveva affermato l’unità della volontà sovrana, questa dottrina era legata ad un liberalismo oligarchico, tramontato con i regimi di massa. D’altro canto l’opzione totalitaria dell’identificazione Stato-nazione non era neppure presa in considerazione dal giurista calabrese, che pur superando la dottrina dello Stato-persona per fondare lo Stato come unità teleologica basata su un programma politico, in un certo senso questa dottrina “tradizionale” recuperava contro i giuristi “di regime”, col riconoscere all’elemento politico la rilevanza di funzione dello Stato, sistematizzabile dalla pubblicistica.

Più in particolare la prolusione del marzo 1943 era attraversata dalla rilettura critica dei costrutti della dottrina dello Stato-persona — che Mortati vedeva rappresentata “in maniera tecnicamente perfetta da uno dei nostri più eminenti giuspubblicisti, lo Esposito, e da lui elaborata con piena consapevolezza di tutti gli aspetti del problema, con eccezionale vigore dialettico, con ricchezza, profondità e originalità di svolgimenti” (276) — e dalla ricerca di un “nuovo

(275) *Ibid.*, pp. 570-571.

(276) *Ibid.*, p. 560.

concetto”, la nazione, che assumeva rilevanza giuridica anche fuori di un rapporto di rappresentanza rispetto allo Stato, dal momento che era capace di dare senso dell’origine, identità, programma dello Stato nazionale in quel cruciale passaggio storico e oltre.

Nel complesso dell’opera del Mortati, la *Prolusione* napoletana riservava dunque alla nazione un’attenzione particolare, le accordava una rilevanza giuridica che il costituzionalista non aveva ammesso nel passato, nella polemica con Esposito, né sarebbe stato disposto a riconoscere in seguito ⁽²⁷⁷⁾. Infatti all’indomani della fine della guerra il deciso ridimensionamento del principio di nazionalità da parte del costituzionalista calabrese pareva legato all’affermazione del valore della sovranità popolare e alla critica dell’ideologia della sovranità nazionale, di cui *La costituente*, pubblicata nel 1945, rilevava il carattere mistificatorio ⁽²⁷⁸⁾.

Anche se in seguito il Mortati avrebbe riconosciuto allo Stato la titolarità del “concetto di sovranità giuridicamente inteso” ⁽²⁷⁹⁾, nel 1945, “fra tante rovine” ⁽²⁸⁰⁾, non riteneva rinviabile la proclama-

⁽²⁷⁷⁾ Infatti anche se le varie edizioni delle *Istituzioni di diritto pubblico*, nel problematizzare la storia dello Stato, continuavano a guardare all’art. 3 della Dichiarazione dei diritti come ad una sorta di archetipo della sovranità moderna, pure la rilevanza giuridica della nazione nel diritto positivo italiano veniva sempre più circoscritta dal celebrato “manuale”; fino a che, nell’ultima edizione, il costituzionalista calabrese parrà abbandonare l’idea della “centralità dell’immedesimazione fra stato e nazione”. Così S. BARTOLE, *Costantino Mortati e le minoranze*, in *Costantino Mortati* cit., p. 280 ss.

⁽²⁷⁸⁾ Per il costituzionalista calabrese la “volontà nazionale” era “quella che di volta in volta viene formulata dalle forze politiche che riescono a prevalere”; inoltre “tutte le più sottili spiegazioni dirette a precisare il concetto di nazione” si erano risolte o nel dare alla sovranità nazionale lo stesso significato della sovranità statale, o nel guardare alla nazione come ad una “forza sociale originaria” rispetto allo Stato, senza chiarirne però i caratteri specifici, distintivi rispetto ad ogni “specie di collettività”. Così C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma 1945, p. 47. Su quest’opera del Mortati che per prima rompe l’“archetipo organicista” dello Stato, P. COSTA, *Lo Stato immaginario* cit., p. 62; cfr. inoltre M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona* cit., pp. 778 ss.; L. MANGONI, *Giuristi e politica* cit., p. 338.

⁽²⁷⁹⁾ “Il concetto di sovranità giuridicamente inteso... non possiede autonomia rispetto a quello di Stato... non appare contestabile che portatore della sovranità debba essere lo Stato”; così C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio dei partiti politici nell’ordinamento italiano* (1957), in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova 1957, pp. 111 ss.

⁽²⁸⁰⁾ C. MORTATI, *La Costituente* cit., p. VII.

zione del principio della sovranità popolare, il cui esercizio ⁽²⁸¹⁾ verrà poi affidato al corpo elettorale ⁽²⁸²⁾; e proprio la necessità di marcare una discontinuità col quadro ideologico e politico precedente motivava la radicale demistificazione dell'idea della nazione sovrana, perno della democrazia liberale, e del suo principio cardine, la rappresentanza senza vincolo di mandato, accusati ora dal Mortati di aver contribuito alla realizzazione di un "ordinamento autoritario e oligarchico" ⁽²⁸³⁾.

⁽²⁸¹⁾ Anche per Mortati l'affermazione astratta del principio della sovranità popolare poneva il problema di come la sovranità dovesse essere realizzata in concreto: titolari del potere sovrano non erano i cittadini "naturalmente capaci", dal momento che mancava loro una "volontà che valga a imprimere unità all'azione statale"; in questo senso l'esercizio della sovranità era affidato al corpo elettorale nelle forme previste dalla Costituzione; cfr. il Commento di Mortati all'art. 1, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna 1982, pp. 21 ss. Sul contributo di Mortati alla costituente, cfr. F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in AA.VV., *Scelte della costituente e cultura giuridica*, II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, a cura di U. DE SIERVO, Bologna 1980, pp. 59 ss.

⁽²⁸²⁾ Sottolinea che per corpo elettorale il Mortati non intendeva il popolo, bisognoso di un "rappresentante", ma un corpo elettorale individuato come "maggioranza", forza politica risultata da un processo di "differenziazione", vincente, all'indomani della Liberazione, su altre forze politiche, G. ZAGREBSKY, *Premessa* a C. MORTATI, *La Costituzione materiale* cit., p. XXIX.

⁽²⁸³⁾ "Ponendo così l'organo rappresentativo (nazione) come supremo... ed eliminando ogni rapporto organico fra rappresentanti e rappresentati, negando cioè che i primi dovessero interpretare la volontà politica dei secondi, che si riteneva mancare, e invece chiamandoli a dichiarare quella impersonale ed unitaria della nazione...", si era realizzato un "ordinamento nella sua essenza autoritario e che, in quanto dà il compito di formare in modo assolutamente libero e autonomo la volontà della nazione al gruppo ristretto dei rappresentanti, riveste carattere oligarchico". C. MORTATI, *La costituente* cit., pp. 51-52. Sulla sovranità della nazione più tardi Mortati scriverà che "il carattere indivisibile proprio della sovranità nazionale importa che nessun organo possa considerarsene titolare, né il monarca e neppure il popolo... ma poiché la nazione non è in grado di esprimere direttamente la sua volontà, la funzione di manifestarla compete ai suoi rappresentanti... senza tuttavia che derivi a loro carico vincolo di alcun genere, abilitati come sono a dichiarare in modo autonomo e insindacabile la volontà della nazione... Sicché il dogma della sovranità nazionale si presenta per quello che effettivamente è: solo uno schermo che celava il concentramento della potestà suprema nell'organo legislativo e negli elettori solo nel momento della scelta dei titolari, e in realtà esponente esclusivo dell'ideologia della classe dominante". Cfr. *Commentario* cit., p. 25. Sul ruolo assolto dal Mortati in seno alla Costituente nella formulazione dell'art. 67 — ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato

Se nel periodo della guerra la “mistica della nazione”, pur sovrastata dai miti del fascismo, aveva occupato, assieme al tema della nazionalità e della razza, le pagine della propaganda di regime ⁽²⁸⁴⁾, dal versante del tutto opposto del “giurista militante antifascista” Silvio Trentin ⁽²⁸⁵⁾, la nazione “italiana”, una volta depurata dalle incrostazioni mistificanti del fascismo e legata alla libertà, come nella stagione risorgimentale, era chiamata a “spezzare i vincoli grazie ai quali lo stato, in quanto burocrazia centralizzatrice ha usurpato gli attribuiti che solo ad essa appartengono”. Ma la critica del Trentin non investiva solo il regime fascista: un ritorno all’Italia liberale e al suo “Stato monocentrico” non era proponibile; il principio di nazionalità era evocato per “demolire lo stato artificiale” ed indicare un ordine democratico da costruire incentrato sui diritti fondamentali voluti come “limiti invalicabili dalla potenza dello Stato”.

Ancora una volta la nazione tornava ad assumere una valenza di concetto essenzialmente politico, con un approccio assai diverso dallo sforzo dell’Esposito e della *Prolusione* mortatiana, ove la rilevanza della nazione sul piano del diritto pareva tesa a difendere il carattere giuridico dello Stato nazionale. Peraltro Trentin voleva soprattutto esprimere l’esigenza ideologica che l’Italia “risorta” nella “libertà” dovesse trovare il suo fondamento nella “sovranità popolare” ⁽²⁸⁶⁾, più che nella nazione sovrana, che era stata la base e

— cfr. A. SPADARO, *Il concetto di rappresentanza politica in Mortati*, in *Costantino Mortati* cit., pp. 345 ss. Osserva che la realizzazione del principio della sovranità popolare come sovranità di tutti i cittadini “naturalmente”, cioè “politicamente capaci”, era consentita dal partito politico, vincolato a seguire i principi sulle cui basi si era formato coi cittadini un “rapporto”, partito che sembrava chiamato anche a raccogliere quel vincolo di mandato che l’“antico notabile aveva rifiutato” S. MERLINI, *Sovranità popolare e partiti politici. Una difficile riflessione sulla democrazia contemporanea*, in *Costantino Mortati* cit., p. 193.

⁽²⁸⁴⁾ Un’ampia rassegna della letteratura del nazionalismo fascista prima e dopo l’alleanza con la Germania di Hitler in E. GENTILE, *La Grande Italia* cit., pp. 196 ss.; sul versante italiano della “nazione imperiale” e del “razzismo di Stato” cfr. P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L’età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 288-293.

⁽²⁸⁵⁾ In riferimento a Trentin, e a Ruffini, ha colto la specificità di questi giuristi nell’ambito della dottrina M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona* cit., p. 662.

⁽²⁸⁶⁾ Dal momento che la monarchia si era “sostituita al popolo nella creazione dello stato, sovrapponendo al popolo, bell’e pronto, il suo proprio stato artificiale”; così

legittimazione dello Stato liberale, di una costituzione oligarchica non più proponibile, di un centralismo autoritario da superare in virtù del federalismo e dell'ideale della prospettiva europea.

In quel delicato crinale tra la Liberazione e la Costituzione, più del tema di una nazione “da declinare al futuro” ⁽²⁸⁷⁾ — da ridefinire, separandola dallo Stato fascista, ma anche dal nazionalismo, e dai limiti dell'impianto individualista dell'Italia liberale, ancorandola alla libertà e alla democrazia — era dunque il principio del popolo sovrano a tornare al centro del discorso della scienza giuridica, seppure in una versione non troppo politicamente impegnativa: data la coincidenza “orlandiana” di Stato e popolo sul terreno della sovranità, ben presto il principio della sovranità popolare veniva ricompreso proprio dal Mortati in un'ottica statocentrica, che attribuiva la sovranità giuridica allo Stato, seppure tra le obiezioni del Crisafulli ⁽²⁸⁸⁾.

Non a torto dunque, molti anni dopo, Massimo Severo Giannini potrà prendere atto della perenne vitalità della “formula giuridica” della sovranità dello Stato, affermatasi in Italia con l'Orlando —

S. TRENTIN, *Stato, nazione, federalismo* cit., p. 111. Sul federalismo in Trentin cfr. anche P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., pp. 421 ss.

⁽²⁸⁷⁾ P. COSTA, *Civitas* cit., 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia* cit., p. 476. Sull'idea di nazione e sull'immagine del risorgimento nazionale ricorrente nella letteratura antifascista cfr. C. PAVONE, *Le idee della Resistenza. Fascisti e antifascisti di fronte alla tradizione del Risorgimento*, ora in *Alle origini della repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo, continuità dello Stato*, Torino 1995, pp. 3-69; F. TRANIELLO, *Sulla definizione della resistenza come “secondo risorgimento”*, in *Le idee costituzionali della Resistenza* cit., pp. 17-25; sulla nazione nella cultura politica antifascista cfr. F. MALGERI, *Nazione e Stato nel pensiero dei democratici cristiani*, *ibid.*, pp. 45-46; M. DOGLIANI, *La concezione della costituzione in Togliatti*, *ibid.*, pp. 380-396.

⁽²⁸⁸⁾ C. MORTATI, *Note introduttive* cit., pp. 117 ss. Riscontrava invece nel popolo una figura giuridica soggettiva, e ne metteva in luce l'autonoma rilevanza di fronte allo Stato, V. CRISAFULLI, *La sovranità nella Costituzione italiana*, in *Studi giuridici in memoria di V. E. Orlando* cit., I, pp. 407 ss. Sul rilievo del principio della sovranità popolare nel dibattito costituente cfr. T. E. FROSINI, *Sovranità popolare e democrazia diretta alla Costituente*, in “Democrazia e diritto”, 1995, 1, pp. 282 ss. Ma sulla tendenza generale della giuspubblicistica a parlare “giuridicamente di popolo solo ove lo si intenda organizzato a Stato”, G. AMATO, *La sovranità popolare* cit., p. 77, che comunque concludeva “nello Stato italiano, la collettività popolare è sovrana; essa esercita tale sua sovranità in modo indiretto... attraverso lo stato-governo... a mantenerla operano... soggetti quali il corpo elettorale e i partiti politici...”, p. 103.

grazie alla sua “equivalenza” di “popolo” “Nazione” e “Stato” — e passata indenne attraverso il regime fascista; nel ripercorrere i vari significati accordati dalla dottrina al principio della sovranità popolare accolto dalla Costituzione, osserverà in modo esemplare che “tutti sono d’accordo nel riconoscere l’esercizio della sovranità dello Stato, quale che sia poi il rapporto tra esso e il popolo” ⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸⁹⁾ *Sovranità (diritto vigente)* cit., p. 228.

MASSIMO MECCARELLI

UN SENSO MODERNO DI LEGALITÀ.
IL DIRITTO E LA SUA EVOLUZIONE NEL PENSIERO
DI BIAGIO BRUGI

1. Le ragioni di una ricerca. — 2. Le percezioni fondanti. — 2.1. Diritto e realtà: la relatività dei sistemi giuridici. — 2.2. Diritto come esperienza: la storicità del diritto. — 2.3. La scienza del diritto e le altre scienze: l'apertura metodologica. — 2.3.1. Il ruolo delle scienze sociali. — 2.3.2. La rilevanza della filosofia. — 2.4. La centralità del giurista — 2.4.1. Giurisprudenza e 'scienze germane'. — 2.4.2. Giurisprudenza e legislazione. — 2.4.3. Giurista e giurisprudenza giudicante. — 3. Le scelte fondamentali. — 3.1. La legalità come aspetto della costituzione politica fondamentale. — 3.2. Lo stato come referente necessario della società in trasformazione — 3.3. Legge e Stato come strumenti. — 4. Il sistema della legalità e il diritto latente. — 4.1. L'idea di codice. — 4.2. Il diritto legale rispetto al diritto latente. — 4.2.1. La riflessione sulla legge speciale. — 4.2.2. L'aggiornamento del diritto legale come aspetto stabile della quotidianità giuridica. — 4.3. L'applicazione del diritto legale. — 4.3.1. Il giurista e l'interpretazione del diritto. — 4.3.2. I Principi Generali. — 4.3.3. 'Il così detto giudice legislatore'.

"La storia non si fa strada, si ostina"
(E. Montale, *Satura, Satura I, La storia*)

1. *Le ragioni di una ricerca.*

L'arco di esperienza giuridica che si è svolta tra gli ultimi venti anni del secolo XIX e i primi venti del XX rappresenta una transizione complessa, che si inquadra in una più generale evoluzione dei contesti economici, sociali e politici. Lo Stato unitario ormai consolidato inizia solo allora a vedere la soluzione di problemi annosi come la codificazione commerciale e penale, mentre altri, altrettanto fondamentali, restano ancora aperti; irrisolte sono, ad esempio, le strategiche questioni della riforma del sistema delle cassazioni regionali e dell'indipendenza della magistratura.

La trasformazione in corso pone problemi inediti, mette in

discussione certezze irrinunciabili per gli orizzonti teorici dell'universo giuridico ottocentesco (codice, diritto privato in chiave individualistica, Stato) e introduce nuove dinamiche di sviluppo dell'ordinamento. Sono gli anni della emersione della legislazione sociale speciale ma contemporaneamente dell'impiego delle leggi penali eccezionali mentre le pagine del nuovo codice liberale sono ancora fresche di torchio. Nuovi sono anche i protagonisti chiamati a gestire il mutamento: non più solo il legislatore con le sue norme, ma anche il giurista e il giudice con la loro interpretazione.

Giuristi importanti seguono nel corso di questi anni percorsi intellettuali che spesso hanno delle parabole sorprendenti. Si pensi solo a coloro che, dopo un deciso impegno scientifico tra le fila del variegato e creativo movimento del socialismo giuridico, approdano all'adesione al fascismo nelle sue diverse forme, dall'impassibilità di chi rivolge gli occhi al cielo, alla partecipazione attiva per la realizzazione delle trasformazioni del sistema giuridico ⁽¹⁾.

Si tratta di un'esperienza che con un atteggiamento spontaneo si tende a valutare attraverso due criteri correlati: il progressivo distacco dalle certezze liberali postunitarie e l'emersione di tratti involutivi preparatori della curvatura totalitaria. È possibile però — forse anche allo scopo di chiarire meglio i due profili sopra esposti, in quanto aspetti di quell'esperienza e non in quanto criteri per decodificarla — tentare di storicizzare in altro modo quell'arco di tempo, relativamente breve rispetto alle consistenti novità che sul piano teorico e pratico interessano la questione giuridica. Si possono ricercare alcune costanti, individuare gli atteggiamenti di fondo, che stanno dentro alle diverse prese di posizione, ai sincretismi, alle indecisioni, alle scelte della scienza giuridica.

Sulla base di queste premesse useremo come guida la vicenda intellettuale di un giurista, per proporre una lettura, seppure limitatamente ad alcuni circoscritti profili, di quell'esperienza.

Biagio Brugi è una figura portatrice della complessità che cerchiamo di comprendere, di quella identità di giurista che si svolge su

⁽¹⁾ Si vedano a questo proposito le riflessioni di M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, to. II, pp. 817-850; le chiavi di lettura ivi impiegate possono ben applicarsi anche a giuristi che non si sono occupati della questione penale.

diversi livelli di settori scientifici e, per quanto riguarda quello giuridico, su diversi registri disciplinari. Nella sua avventura intellettuale, che coincide e si intreccia con quella di importanti uomini di scienza, crediamo di poter osservare anche una vicenda generazionale e riteniamo di poter cogliere alcune peculiarità del tratto di storia a cavallo dei due secoli appena trascorsi.

In Brugi ricorre un profilo presente in tutto il pensiero giuridico italiano dell'Ottocento. Accanto e insieme all'interrogarsi sui problemi dell'attualità, sulle possibilità di approntare strumenti adeguati, c'è la domanda sul 'chi siamo', la ricerca di un filo rosso perduto, del ciò che manca per trovare il senso del 'dove stiamo andando'.

Nella sua opera questa ricerca di identità, che è connessa ad una volontà di rendere spendibile la riflessione teorico-giuridica nel mondo dei fatti, è vivissima. Non solo perché Brugi è anzitutto romanista. Egli è anche colui che studia la dimensione letteraria del diritto romano, la storia del suo uso, la varietà dei modi con cui è stato storicizzato il suo uso.

Ciò lo porta a toccare mondi fino ad allora lasciati fuori dagli interessi dello scienziato; mondi che Egli scopre essere utilissimi proprio a ritrovare il senso della linea, smarrito tra il formalismo pandettista in cui si era arroccata la scuola storica e quello legalista in cui era implorsa la svolta illuminista delle codificazioni.

Ci rivolgeremo soprattutto ad un aspetto specifico della riflessione di Brugi ⁽²⁾, alla sua originale percezione della legalità, che appare aggiornata e ponderata attraverso il recupero della tradizione storicistica. Ma intenderemo con questo anche aprirci un varco nel complesso compito di comprensione di certe sue parabole scientifiche. Compito non facilmente esauribile e solo in parte sondabile con un saggio.

Due aspetti dell'attività intellettuale di Brugi già ad un primo sguardo rappresentano un invito ad approfondimenti; anzitutto la

(2) Per una lettura più complessiva dell'esperienza intellettuale di Brugi, seppure svolta con l'angolo visuale dei suoi profili filosofici, si veda G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi e la congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1987.

vastità e la articolazione della produzione scientifica ⁽³⁾. Tra le monografie ricordiamo la sua *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali* ⁽⁴⁾, i suoi due manuali per il diritto romano e per il diritto civile ⁽⁵⁾, i due volumi scritti sul delicato tema della proprietà ⁽⁶⁾ e gli importanti tomi *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane* in cui riordina e rilancia il suo disegno di una storia letteraria del diritto romano ⁽⁷⁾. Già da questo primo elenco si nota come il nostro giurista riesca a spaziare tra settori e livelli della materia giuridica diversi: dal diritto romano, al diritto civile, alla filosofia del diritto, alle scienze sociali e storiche applicate alla riflessione giuridica.

La constatazione è ulteriormente confermata se diamo uno sguardo al Brugi attivissimo nello scrivere saggi in riviste di carattere giuridico ma anche filosofico e sociologico ⁽⁸⁾ e in particolare in quei fogli portatori di programmi marcatamente innovativi: collabora con la rivista neoterica *La scienza del diritto privato* ⁽⁹⁾; suoi scritti in quegli anni sono presenti anche in un'altra importante rivista laboratorio come l'*Antologia giuridica* ⁽¹⁰⁾; egli pubblica numerosi arti-

⁽³⁾ A Giovanni MARINO dobbiamo anche l'utilissima bibliografia di Biagio Brugi ricostruita nel suo *Gli scritti di Biagio Brugi (1855-1934)*, in *Index*, 9, 1980, pp. 265-295.

⁽⁴⁾ La prima edizione è Firenze, G. Barbera, 1891, ma il volume verrà ristampato più volte.

⁽⁵⁾ Ci si riferisce a *Istituzioni di diritto privato Giustiniano* Padova-Verona, Drucker, 1897, e *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1905; i due manuali hanno avuto entrambi diverse riedizioni.

⁽⁶⁾ *Della proprietà*, Napoli-Torino, Marghieri, Utet, 1911, voll. 2.

⁽⁷⁾ Sono due diverse raccolte: la prima è edita nel 1915 con il sottotitolo *Saggi*, la seconda nel 1921 con il sottotitolo *Nuovi saggi*.

⁽⁸⁾ Lo sottolineava già E. BESTA, *Biagio Brugi*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja'*, XLVII, 1941, p. 431.

⁽⁹⁾ È indicato fra i collaboratori ordinari della rivista. Gli articoli che qui pubblica servono a rivendicare il ruolo dello studio del diritto romano in chiave niente affatto pandettistica per il rinnovamento del sistema giuridico e per la fondazione di nuove prospettive metodologiche. Cfr. *I romanisti e le riforme del diritto civile*, (I, 1893, pp. 86-92), *La guerra al diritto romano*, (II, 1894, pp. 449-462). Sul rilievo del 'foglio' fiorentino nell'ambito della discussione per l'innovazione del diritto si veda P. GROSSI, "La scienza del diritto privato". *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹⁰⁾ In particolare ci riferiamo al saggio *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia giuridica*, 3, 1889, pp. 181-208 e ad alcune recensioni. Su questi contributi

coli nella *Rivista italiana di sociologia* ⁽¹¹⁾, dove affronta i temi del rapporto tra scienza giuridica e scienze sociali; nella *Rivista del diritto commerciale* di Vivante si misura con le sentenze da cui vede affiorare il ‘diritto latente’ ⁽¹²⁾; nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto* tenta di ponderare le aperture oltre il formalismo e il tecnicismo dei diritti ⁽¹³⁾.

In questo suo distendersi tra questioni e profili diversi, il pensiero di Brugi risulta problematizzato, aperto alle innovazioni, ma al contempo come verificato, comprovato in alcune sue posizioni e opzioni fondamentali.

È un tratto tipico della scienza giuridica di quegli anni: di fronte alle trasformazioni in corso, alla loro sfuggente decifrazione e alla

di Brugi e sul dibattito ospitato dalla Rivista si veda il recente lavoro di G. SPECIALE, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽¹¹⁾ Anche in questo caso basta solo scorrere alcuni dei titoli pubblicativi da Brugi per avere un’idea del taglio tematico: *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, (VI, 1902, pp. 228-234), *La giurisprudenza e le scienze sociali*, (VII, 1903, pp. 47-53), *Giurisprudenza e sociologia*, (IX, 1905, pp. 298-307), *Scienze giuridiche e scienze sociali*, (XIII, 1909, pp. 305-312), *Realtà sociale e metafisica politica (a proposito di nazionalismo e internazionalismo)*, (XV, 1911, pp. 169-177), *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, (XV, 1911, pp. 630-634). Quest’ultimo è tra gli interventi pubblicati in vista della VIII Riunione dell’ *Institut international de sociologie* del 17 dicembre 1911 in Roma, sul tema *La concezione sociologica del progresso*. La nota della Direzione spiega che erano interpellati al riguardo “quelli tra gli scrittori italiani che più di frequente collaborano alla nostra Rivista”. Insieme a Brugi sono presenti interventi di personalità come G. Salvioli, C. Vivante, A. Loria, V. Miceli, G. Del Vecchio, G. Sergi, G. Cavaglieri.

⁽¹²⁾ Ci limitiamo a segnalarne alcuni: *L'immissione di rumore prodotto da uno stabilimento e le limitazioni della proprietà. Nota alla sentenza della corte d'Appello di Genova del 28 dicembre 1906*, (V, 1907, parte II, pp. 165-173), *Colpe di natura diversa e compensazione della colpa. Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 4 maggio 1907*, (VI, 1908, parte II, pp. 13-18); *Immissione di fumo da battelli a vapore negli edifici adiacenti. Nota alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia del 17 febbraio 1910*, (VIII, 1910, parte II, pp. 875-880), *Sindacati leciti. Nota alla sentenza della Corte di cassazione di Torino del 12 luglio 1910*, (IX, 1911, parte II, pp. 273-281); *Danni prodotti da animali. Nota alle sentenze della Cassazione di Torino del 20 febbraio 1911 e della Corte d'Appello di Parma del 23 maggio 1911*, (IX, 1911, parte II, pp. 851-859), *La cosiddetta responsabilità oggettiva. Nota alla Sentenza della pretura del II mandamento di Roma del 17 dicembre 1912*, (XII, 1914, parte II, pp. 249-256).

⁽¹³⁾ Si tratta di una ponderazione più cauta rispetto a quelle a cui ci aveva abituato negli anni precedenti; cfr. *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, (I, 1921, pp. 14-20), *L'equità e il diritto positivo*, (III, 1923, p. 450-453). Cfr. *infra* paragrafo 4.3.

difficile individuazione di soluzioni efficaci, i giuristi danno spazio a nuove intuizioni, mettono in discussione le proprie certezze e — quasi a saggiarne l'effettività — le sottopongono ad evoluzioni e messe a punto; questa apertura, che si propone quasi come dato metodologico di quella scienza, è però poggiata su una impostazione di fondo, su atteggiamenti speculativi, questi sì, costanti. Si tratta di percezioni fondanti, punto di riferimento e guida per le opzioni fondamentali che segnano l'itinerario scientifico di una figura di giurista — e Brugi ne è un buon esempio — tutto impegnato nel legare il progetto intellettuale con gli eventi socio-politici in movimento. Ciò porta lo scienziato a modificare gli indirizzi, a spostare gli interessi, a maturare diverse sensibilità.

Qui emerge il secondo motivo di attrazione verso uno studio dedicato ai suoi scritti. C'è un Brugi in prima fila a dialogare con i neoterici della *Scienza del diritto privato*, a denunciare lo scarto tra eguaglianza formale e diseguaglianza sostanziale ⁽¹⁴⁾, che legge Kohler, Saleilles e lascia intuire nelle sue parole echi della *Freirechtsbewegung*. Ma c'è anche un Brugi che riorienta le proprie convinzioni in direzione maggiormente statalista e legalista; è il giurista che nel dibattito sull'equità degli anni Venti rinuncia a riconoscervi una fonte di diritto, preferendo ricongiungersi alla linea tracciata (ormai quarant'anni prima) da Vittorio Scialoja ⁽¹⁵⁾; è il giurista che, seppure abbia intuito la prospettiva del diritto senza Stato, preferisce ribadire la centralità di quest'ultimo rispetto ai processi di produzione giuridica ⁽¹⁶⁾.

Più in generale c'è un Brugi che nel sondare gli sconfinamenti cerca di non dimenticare il muro dal quale si sporge, perché è

⁽¹⁴⁾ Il tema viene più volte toccato da Brugi. La principale riflessione sul punto è rappresentata dal saggio che Egli intitola efficacemente *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, in *Rivista italiana di sociologia*, XII, 1908, pp. 49-55.

⁽¹⁵⁾ Nel 1923, nel saggio *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 451, sottolinea come "il nostro programma fosse già formulato da V. Scialoja, (*Il diritto positivo e l'equità*, Camerino, 1880), quando egli ed io cominciammo la nostra carriera".

⁽¹⁶⁾ Si veda ad esempio il saggio recensione *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, in *Atti del Real Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti*, a.a.1910-1911, LXX, Parte II, 1911, pp. 1103-1111, scritto a proposito del libro di A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, Dessi, 1911. Vi torneremo *infra* paragrafo 3.2.

cosciente che è lo stesso sul quale si appoggia. È il Brugi che usa la sua sensibilità storica per scegliere da che parte restare; è lo scienziato che, nel lasciarsi affascinare dalla riscoperta di un diverso senso giuridico, come quello appartenuto al passato ‘antico’ della propria identità di giurista, cerca poi di ponderarne l’uso nell’attualità senza dimenticare i caratteri fondamentali del senso giuridico moderno, che è essenzialmente senso di legalità (17).

Tali parabole del pensiero del Nostro sono state fin ora lette e spiegate in chiave cronologica come esito di uno sviluppo di percezioni teoriche legate anche agli eventi sociali e politici di quei decenni (18). Seppure sia condivisibile l’analisi, a noi sembra che tale mutamento (o se vogliamo tale sincretismo) di orientamenti possa essere indagato come l’esito di un carattere persistente nella riflessione di Brugi e consistente da un lato nell’apertura alla ricerca di soluzioni di volta in volta adeguate, dall’altro nella fedeltà a un nucleo di percezioni fondanti.

Intenderemo cercare dei varchi in questa complessità di pensiero — considerata non tanto come esito variabile di una evoluzione cronologica, quanto come carattere costante di un approccio epistemologico — per cogliere la cifra di un’esperienza, ciò che lega insieme atteggiamenti (forse solo in apparenza) antinomici. Essa sembra consistere nella concezione di un sistema della legalità ‘aggiornata’ rispetto alle trasformazioni in corso. Il tardo Ottocento conosce diversi giuristi moderati (19), che, pur rimanendo in un orizzonte legalistico, tentano di ripensarne i caratteri fondamentali. Brugi sembra ascrivibile a questa schiera di Maestri.

Cercheremo di cogliere la cifra dell’esperienza, partendo dal

(17) Tipico esempio, sul quale avremo modo di tornare, è il saggio *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, in *Atti del Real Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti*, a.a.1898-1899, LIX, Parte II, 1900, pp. 425-440.

(18) Ad esempio G. MARINO, *Biagio Brugi e il “metodo storico” nella determinazione dei principi del diritto*, in *Index*, 16, 1988, pp. 311-312 e L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, in *Index*, 16, 1988, pp. 326-360.

(19) Come anche è ricordato da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 106, la nuova ottica modernista infatti, oltre che coinvolgere giuristi di rottura, sollecita la riflessione di personaggi “ben radicati nell’ideario giuridico tradizionale, ma che proprio in grazia del loro spessore culturale, si interrogano pubblicamente sul grave problema delle fonti del diritto”.

Brugi innovatore, desideroso di non sentirsi escluso dal circolo di chi vuole ragionare in maniera nuova sui problemi e lo vuole fare potendo mettere in discussione anche le metodologie. È il Brugi che si muove a tutto campo, confrontando le proprie sensibilità e intuizioni con la sperimentazione più avanzata e anticonformista che circola nei dibattiti. È il Brugi delle percezioni fondanti che assumono spesso le vesti di premesse metodologiche.

Vedremo poi come a queste il nostro giurista, che scende nel dibattito vivo, faccia seguire delle scelte di campo fondamentali. Da tale ricostruzione sarà poi possibile enucleare meglio i caratteri peculiari della sua idea di sistema giuridico.

2. *Le percezioni fondanti.*

2.1. *Diritto e realtà: la relatività dei sistemi giuridici.*

Un primo profilo costante nella riflessione brugiana è il porsi del problema della verifica tra diritto e realtà ⁽²⁰⁾. Da questo confronto emerge il carattere di “relatività del diritto” che il giurista deve saper cogliere. La questione non è liquidata o aggirata con un approccio puramente tecnicista, anzi è affrontata in maniera diretta. “Noi dobbiamo” ricorda Brugi “sempre curare che il rapporto giuridico come immagine rispecchi la realtà”. Si tratta di una verifica “empirica” che apprezza “la maggiore o minore misura di regolamento giuridico di un rapporto della vita reale”. In tal modo si può cogliere il diritto nella sua necessaria trasformazione ⁽²¹⁾.

L’istituto giuridico viene osservato nel contesto di quelle “forze motrici”, come l’equità, l’uguaglianza, la solidarietà sociale, l’aspi-

⁽²⁰⁾ “Un codice” spiega nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 157, “non è un termine fisso ma piuttosto la formola dei rapporti giuridici confacente ad un determinato momento storico. Ciò sia detto pure di ogni singola legge”; il diritto, afferma in *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 182, è un prodotto del proprio tempo, “deriva dalla coscienza popolare ed è un lato della vita intellettuale del popolo al pari della lingua, del costume, della religione”.

⁽²¹⁾ *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, cit., p. 17. Fa esempi di istituti che si avviano ad acquisire una diversa più estesa regolamentazione giuridica: la famiglia naturale, il contratto di lavoro.

razione alla pace sociale, i cui equilibri reciproci sono mutevoli e non fissabili una volta per tutte attraverso la norma di legge. Il rapporto giuridico cessa di essere un fatto puramente tecnico e appare agli occhi del giurista come una funzione, colta la quale è possibile aggiornare la valenza della norma positiva e garantire la sintonia tra diritto e realtà. ⁽²²⁾

Questa consapevolezza, presente in pagine scritte negli anni '20, è chiara già nel giovane Brugi del 1886. Legislatore e giurista, sotto questo aspetto, appaiono realizzatori di una medesima funzione. La terminologia si fa savignyana: il legislatore esamina il sentimento popolare e lo appaga formalizzandolo in legge, in codice, ma il giureconsulto fa un simile esame e “costruisce scientificamente un sistema” che ad esso corrisponde. L'opera del secondo appare necessaria perché “ogni giorno [...] questo patrimonio popolare di norme giuridiche” si trasforma, mentre la legge può giungere a contraddire al sentimento popolare ⁽²³⁾. Solo se sottoposta alla verifica giurisprudenziale mostrerà le proprie insufficienze e si porranno all'ordine del giorno dei lavori del legislatore le riforme da fare ⁽²⁴⁾.

In sintesi: sono i giuristi che possono e devono “acquistare piena convinzione delle disequaglianze reali contrastanti a quelle astratte eguaglianze”, e conseguentemente individuare proprio quel distacco che si è prodotto tra forma e sostanza, leggi generali e realtà sociale ⁽²⁵⁾.

Si tratta di sensibilità molto simili a quelle espresse da Simioncelli nella innovativa prolusione del 1890, quando avverte il problema di uno scarto tra diritto positivo e realtà e invita il giurista interprete a non “costringersi nella cerchia delle idee storiche, filosofiche, ed economiche dominanti al momento della formazione

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 19. Aggiunge: “Si potrebbe forse anche concludere che la funzione dei rapporti giuridici, benché regolata in tutto dal diritto, è indipendente da questo regolamento”.

⁽²³⁾ *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano. Prolusione al corso d'Istituzioni di diritto romano nell'Università di Padova*, in *Il circolo giuridico*, 17, 1886, pp. 15-16.

⁽²⁴⁾ Cfr. *Della proprietà*, cit., vol. I, p. IX e *Della enfiteusi. Volume secondo, La dottrina*, Napoli, Marghieri, Torino, Utet, 1929 p. 143.

⁽²⁵⁾ *Eguaglianza di diritto e disequaglianza di fatto*, cit., p. 55.

della legge”, ricordando che l’interpretazione può servire a far emergere il diritto latente e contenuto in potenza nella norma positiva ⁽²⁶⁾. Su questa linea sta anche Leonardo Coviello quando critica il metodo logico di interpretazione del diritto, che prescinde del tutto da una verifica di rispondenza del diritto positivo alle esigenze della vita reale ⁽²⁷⁾; sono a ben vedere anche le tesi che circolano in un altro scritto ‘giusliberista’ dedicato all’interpretazione del diritto, quello di Francesco Degni, dove si parla della giurisprudenza (in particolare quella giudicante) come “clinica del diritto”, che prepara l’opera del legislatore in quanto “indica al legislatore le vie da seguire in ordine ai nuovi bisogni che si manifestano ed a cui la legislazione positiva vigente non si può più adattare completamente” ⁽²⁸⁾.

Seppure si descrive una figura di giurista che è pensata ancora in

⁽²⁶⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, (Camerino, Savini, 1890), ora in *Scritti giuridici, raccolti e ordinati da Domenico Simoncelli*, Roma, Foro italiano, 1938, vol. I, pp. 417-441. Cfr. *infra* note 100 e 201. Per quanto riguarda la enucleazione del pensiero di Vincenzo Simoncelli si vedano le chiarificatrici pagine di P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, I, Milano, Giuffrè, 1990, in particolare alle pp. 295-307 e dello stesso *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 19-22.

I legami di Brugi con Simoncelli sono attestati anche dalla dedica introduttiva al volume secondo della monografia *Della enfiteusi*, cit., che fa parte della collana diretta da Pasquale Fiore e continuata da Biagio Brugi “*Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*”, parte VI. In quella pagina, rivolta a Vittorio Scialoja, Brugi ricorda che il volume doveva essere preparato da Simoncelli, se non fosse prematuramente scomparso. Nel proseguire il lavoro del Collega, Brugi spiega di aver voluto riprendere il medesimo disegno di Simoncelli volendo “conservare più che potessi del perduto amico”.

⁽²⁷⁾ Ci riferiamo al saggio di L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d’interpretazione della legge. Prolusione al corso di Diritto Civile nella r. Università di Palermo, letta il 14 gennaio 1908*, S. Maria C. V., Stab. tip. -lit. Francesco Cavotta, 1908, in particolare p. 9. Brugi nel suo saggio *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, in *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, Catania, Giannotta, 1910, vol. II, p. 8, proprio citando quello scritto definisce Coviello un “acuto maestro del diritto civile”. Esistono, come avremo modo di riscontrare molti punti di contatto tra le tesi di Coviello e quelle di Brugi. Cfr. *infra* paragrafo 4.3 sui temi dell’interpretazione del diritto, dei principi generali e del c.d. giudice legislatore.

⁽²⁸⁾ F. DEGNI, *L’interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, p. 137. Ciò accade, ribadirà poco oltre, “quando si tratta di dare la disciplina giuridica a tutti i nuovi

un orizzonte legalistico, la sua scienza attinge dalle problematiche vive della realtà, non si svolge in una dimensione di sapere puro e autoreferenziale. Il compito attivo del giurista in sostanza appare affrancato da vincoli formalistici. Brugi critica il “feticismo della logica”, la “esagerata convinzione della logicità della norma di legge”. Avverte del “pericolo che la norma di legge ci avviluppi come un astratto intelletto giuridico, mescolando insieme il buono e il cattivo” (29).

In sostanza prende le distanze da quell’indirizzo dominante che rivalutava il ruolo della scienza giuridica, assegnandogli il compito di una costruzione logico — avalutativa del sistema (30) e proponendo

rapporti che sorgono ogni giorno [...] ed esigono quindi legale ordinamento”. Di questo volume Brugi scrive la prefazione.

La lista di autori che condividono le sensibilità di Brugi si potrebbe allargare. P. GROSSI, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 34, ha segnalato ad esempio la compatibilità delle impostazioni del pensiero di Brugi con quello di Chironi. C’è poi una condivisione di orizzonti con quel settore della dottrina che, nella inadeguatezza dei codici vigenti rispetto alla realtà in evoluzione, vede l’esigenza di una riforma in senso sociale e solidaristico del diritto civile nel suo insieme. Pensiamo a figure come C. CAVAGNARI, nel suo *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*, Milano, Dumolard, 1891, pp. 1-18, o anche a E. CIMBALI, in particolare nella prolusione *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, (1884), in *Opere complete*, I, Torino, Utet, 1895, che costituisce il punto di riferimento di tale orientamento. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 13-25. Brugi non a caso scrive, su quel volume di Cimbali, una *Recensione in Archivio giuridico*, 34, 1885, pp. 188-192. I toni sono di largo apprezzamento e di concordia sulla visione generale della ‘nuova fase’; valutazioni critiche, con la precisazione che le proposte ivi espresse “meritano la più seria considerazione anche quando si abbia parere contrario” [p. 191], riguardano solo il merito di questioni relative ad alcuni singoli istituti; l’unica vera presa di distanza, per altro parziale, riguarda la proposta di spingersi fino alla costruzione di un nuovo codice di diritto privato sociale “comprendente tutte le molteplici leggi speciali e il codice commerciale. Il desiderio è nobile e scientifico”; ma, prosegue Brugi, se riguardo all’incorporazione del codice commerciale nel codice civile i tempi sembrano maturi, non altrettanto si può dire per “tutti quanti i molteplici problemi dell’industria e del lavoro” [p. 192]. Cfr. *infra* nota 180.

(29) *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 427-429. “I romanisti” osserva in *La Scuola Padovana di diritto romano nel secolo XVI*, Padova, Tipografia del seminario, 1888, p. 77, “vollero innalzarsi, in specie in Germania, alle pure ricerche teoriche e le videro coronate talora da splendidi successi; sentirono nulladimeno assai presto tutta la vanità di quelle indagini le quali, senza giovare in qualche guisa alla sana dogmatica del diritto romano, aumentano anzi il dissidio fra la teoria e la pratica”.

(30) Cfr. G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Mi-

un giurista non contaminato dai dati delle scienze naturali, dalla sociologia, dall'antropologia ⁽³¹⁾.

Egli invece si persuade, proprio usando le scienze sociali, che “una forma giuridica può strozzare un rapporto di diritto privato”; ricorda a se stesso, giurista tecnico e ai suoi colleghi che il diritto si fonda (anzitutto) sulla società prima che sulla forma legale ⁽³²⁾. Proprio questa convinzione circa il fatto che il diritto è un fenomeno sociale o anche un riflesso di altri fenomeni sociali, lo porta a prendere le distanze dal “codazzo di seguaci della scuola storica”, da quella pandettistica che, nell'edificare un sistema stabile e fisso e perfetto, dimenticava l'idea di storia come movimento continuo, cioè proprio una delle più feconde intuizioni di Savigny ⁽³³⁾. Ne consegue la critica dell'uso del diritto romano per incatenare la via

lano, Giuffrè, 1998, pp. 746-747 e pp. 758-762, F. WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 124-126. Il Sapere, spiega P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., “scaturiva dalle fonti romane ma si innalzava pronto e spedito in pinnacoli gotici di astratta costruzione” [p. 42]. La romanistica italiana in tal modo tendeva a recepire anche il messaggio antinomico della pandettistica tedesca: nell'elaborare teorie astratte si faceva assertrice di un positivismo giuridico sostanzialmente chiuso [p. 43]. Va ricordato inoltre come proprio il formalismo in quegli anni consentisse di esorcizzare le trasformazioni sociali ed economiche in atto; cfr. *Ibidem*, p. 72.

⁽³¹⁾ L'innovazione doveva essere filtrata dal setaccio della tradizione con una elaborazione endo-giuridica. Cfr. *Ibidem*, cit., p. 46.

⁽³²⁾ *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1109-1110. Aveva già spiegato questo punto di vista qualche anno prima nel saggio *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 306: il diritto dunque ha sempre il “carattere di relatività e mutabilità”. Cfr. *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 36, *infra* nota 87.

⁽³³⁾ *Giurisprudenza e sociologia*, cit., pp. 301-305, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 26, *La guerra al diritto romano*, cit., pp. 455-456. Anche in questi atteggiamenti critici rispetto alla pandettistica soprattutto tedesca le tesi di Brugi sono ben assimilabili a quelle espresse da L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., pp. 9-10, che, nel criticare il metodo logico di interpretazione del diritto, ricorda le involuzioni costruttiviste a cui ha condotto in Germania. In effetti, come ha sottolineato P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 9-11, se le posizioni di Savigny avevano avuto inizialmente una caratterizzazione antigiusnaturalista, proprio lui e la sua Scuola finiranno per consolidare, nel corso dell'Ottocento, atteggiamenti metodici e conclusioni del razionalismo settecentesco, come il ragionare per modelli, il disegnare soggetti e rapporti metastorici, il prediligere la parte generale, il vedere il diritto come diritto privato sorretto da una ideologia individualistica.

reale civile ed economica ⁽³⁴⁾ e l'esortazione a "salire ad una osservazione spregiudicata dei veri bisogni della presente società" ⁽³⁵⁾.

Precisiamo: non si tratta di un rifiuto del formalismo *tout court*. Non si devono negare, spiega Brugi, né i pregi tecnici né la funzione di garanzia che la dimensione formale del diritto rappresenta. Il problema è piuttosto quello di evitare che la scienza giuridica si svolga nel solo orizzonte delle astratte norme logiche, problema che si pone nel momento in cui si adotta il sistema impostato sul codice.

La sua critica al formalismo è dunque convinta ma è anche ponderata. Convinta perché ne coglie pericolosità e cause di emersione; ponderata perché ritiene impossibile prescindere dal primato della legge ⁽³⁶⁾.

Resta il fatto che la forte coscienza dello stretto rapporto tra diritto e realtà, unita a quella che la realtà è a sua volta in continuo movimento, induce Brugi a porsi in un atteggiamento di grande apertura culturale e metodologica. Il giurista, ci spiega "ha più che mai l'obbligo di non chiudersi in dottrine tradizionali, convertite quasi in assiomi". Il suo compito è "colpire, sopra le scuole diverse e le opposte tendenze, quel lato degli istituti, che (per quanto la relatività del nostro conoscere ce lo permette) sembra rispondere alla realtà delle cose" ⁽³⁷⁾.

L'attenzione al rapporto tra diritto e realtà porta ad esempio ad

⁽³⁴⁾ *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 22. Sul punto di vista di Brugi riguardo all'impiego del diritto romano ritorneremo *infra* nei paragrafi 2.2 e 4.3.

⁽³⁵⁾ *La guerra al diritto romano*, cit., p. 451. L'impegno di Brugi per il superamento del formalismo e per la individuazione di un metodo, che permette al giurista di mettere in comunicazione il sapere giuridico con la realtà, è stato ricordato da P. BENEDEUCE, *Questione del "metodo" e critica dello "Stato indifferente" nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, 1, 1983, pp. 65-67.

⁽³⁶⁾ *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 53. Anche in questa ponderazione del formalismo esprime tesi molto simili a quelle di V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 427-428, il quale usando Jhering non critica la *Begriffsjurisprudenz* in quanto tale, ma in quanto trascura di ricordare che "non la vita è dei concetti ma i concetti sono della vita", mentre la costruzione dei concetti deve essere condotta a partire dalla loro base storica.

⁽³⁷⁾ *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1103-1104.

una apertura verso le scienze sociali, verso la filosofia. Ma in questo stesso senso l'interesse si rivolgerà alla dimensione storica dell'esperienza giuridica.

Lo sguardo ad una pluralità di settori della conoscenza nei quali sviluppare l'idea della relatività degli ordinamenti giuridici è mosso dunque dalla convinzione di una dimensione fattuale del diritto, di una "base naturale" di "fatti sociali" dalla quale hanno origine gli istituti e sulla quale si edifica il sistema legislativo e scientifico⁽³⁸⁾. Il lavoro del giurista e del legislatore diventa quello di cogliere il "diritto che scaturisce dal fatto"⁽³⁹⁾.

Per concludere: in Brugi è chiara l'idea che i sistemi giuridici possiedono caratteri sistematici e contenuti che hanno una validità relativa nel tempo, perché sono il prodotto di una società in evoluzione. Per questo la verifica di sintonia tra diritto e realtà è un momento necessario ed è un compito che deve svolgere il giurista con l'interpretazione.

Tale percezione fondamentale è condivisa con altri giuristi che pure portano le proprie riflessioni ai limiti delle (o oltre le) certezze teoriche della cultura liberale ottocentesca. Il problema — e su ciò i giuristi che manifestano questa comune sensibilità assumono differenti atteggiamenti — è piuttosto poi di capire come e quanto il giurista possa muoversi rispetto al dato tecnico che gli viene imposto dal legislatore. Ma di questo parleremo oltre.

Ora infatti dobbiamo cercare di approfondire ulteriormente le valenze di questa prima intuizione circa il rapporto tra diritto e realtà. La produzione del diritto nella lettura di Brugi è un processo

⁽³⁸⁾ *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 31. Si veda anche il passo a p. 48, dove spiega che le norme di legge "non sono creazioni del legislatore, ma soltanto formole, a mano a mano più perfezionate, dei fatti che si verificano nell'umano consorzio. Così la sostanza del diritto e la regola data dal legislatore sono termini correlativi".

⁽³⁹⁾ *La guerra al diritto romano*, cit., p. 450. Nell'*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 60-61, spiega che ai profani può sembrare di vedere nel diritto l'esito dell'opera individuale del legislatore o dello scienziato. Si tratta però di una valutazione erronea, poiché "non si deve scambiare la cosa reale con l'immagine; si tratta sempre nelle leggi e nella scienza di esprimere ciò che già esiste". Cfr. S. TORRE, *L'introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche. Parabola di un insegnamento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e C. Vano, Napoli, Jovene, 1994, p. 190.

che ruota intorno a tre poli interdipendenti: alla dimensione fattuale si affianca la dimensione storica del diritto considerato come portato dell'esperienza, da queste il filtro sapienziale-normativo attinge per portare a compimento il processo di emersione della giuridicità⁽⁴⁰⁾.

Nel seguito cercheremo di vedere più nel dettaglio come si svolge tale elaborazione teorica, a partire dal profilo storicistico che appare inquadrabile pienamente tra quelle che abbiamo definito le percezioni fondanti.

2.2. *Diritto come esperienza: la storicità del diritto.*

Con l'indagine storica Brugi cerca ulteriori elementi per cogliere i segni e le tendenze della contemporaneità: il diritto positivo va letto nella sua "relazione storica" con l'esperienza giuridica precedente⁽⁴¹⁾. Al fondo c'è un "sentimento dell'evoluzione del diritto, come prodotto storico complesso", in base al quale la relatività del diritto appare connessa ad un passato che è "non transitorio ma immanente", pertanto parte della dimensione attuale del diritto⁽⁴²⁾. È una visione — molto poco legalista, considerata sotto questo aspetto — di forte continuità con la tradizione giurisprudenziale italiana. La legge sfuma sullo sfondo dei principi considerati come portato dell'esperienza giuridica e destinati a guidare l'interprete nella sua lettura della norma positiva.

Si tratta di un atteggiamento storicista riconosciuto dal nostro giurista nell'insegnamento di Savigny⁽⁴³⁾, dunque rivolto al diritto

(40) Avremo modo nel seguito del nostro discorso di fornire riscontri. Per il momento forse basta già dare uno sguardo alla struttura della *Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali*, cit.; il capitolo Terzo intitolato *Il diritto* si articola in tre paragrafi: *La base naturale del diritto*, *La base storica del diritto*, *L'opera dello Stato e dei dotti nella produzione del diritto*.

(41) *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in *Il diritto commerciale*, 35, 1916, p. 264.

(42) *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 90.

(43) Si veda ad esempio quanto afferma in *Introduzione enciclopedia alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 26: "Savigny parlò di necessità storica non di fatalismo e affermò anzi la legge di causalità nell'orbita dei fenomeni sociali, senza neppure ritenere che ogni libertà dell'individuo fosse del tutto schiacciata da leggi fatali". In effetti, come ricorda P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini*, 9, 1980, p. 89, nel programma della *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* di

romano e anche alle altre fasi dell'esperienza. In particolare a quelle che appaiono ai suoi occhi come costitutive del solco della tradizione italiana. È questo il fondamento dell'idea di compiere una storia letteraria del diritto romano che dalla cronologia classica si sposti a studiare epoche anche di molto successive al diritto romano: quelle del diritto comune medievale e moderno (44).

È un interesse verso una fase dell'esperienza "troppo trascurata", ricca di "grandi maestri e di gloriose scuole". In essa è possibile osservare il modo in cui "il diritto romano si italianizzava", per scoprire che l'"adattamento ai tempi moderni si è fatto con l'innesto di dottrine e istituti nuovi, poi ricondotti al gius romano" (45), secondo un approccio consistente nel piegare "a nuove esigenze i principi romani". È solo in questo senso, in un senso, che è opposto a quello della pandettistica, che i giuristi medievali "innestavano i nuovi istituti nel tronco romano" (46).

Savigny c'era l'idea di una *Litterätürgeschichte* pensata al fine di scoprire la continuità con la tradizione, intesa come una storia "di scuole, di libri, di università, di giuristi", e in alternativa ad una "storia di istituti giuridici romani nel mondo medievale".

(44) Lo sviluppo di questo orientamento prende avvio dai primi scritti di Brugi per svolgersi fino alla pubblicazione dei volumi di *Saggi* e di *Nuovi Saggi, Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, cit.. Cfr. *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, Padova, Libreria dell'Università, 1888, *La guerra al diritto romano*, cit., p. 454, *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., pp. 90-91, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, in *Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di L. Moriani nel XXXV anno del suo insegnamento*, Torino, Bocca, 1906, pp. 129-141.

(45) *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 91. Uno sguardo all'esperienza del diritto romano nei secoli, svolto con l'approccio di una storia letteraria, conduce "là dove non si credeva di arrivare"; supera l'idea savignyana della spontaneità della formazione delle norme giuridiche "quasi sorgessero, nel loro tecnico aspetto, dalla misteriosa coscienza popolare, i giuristi, i dotti non facessero che raccoglierle e conservarle"; mostra che "il diritto romano è in massima parte opera di autorità direttive, di dotti, di consigli di giurisperiti: spesso l'iniziativa individuale nella storia di esso appare quasi audace". "I giureconsulti e nella scuola e negli scritti propongono soluzioni nuove, fanno acquistare giuridicità a rapporti e istituti che ne eran privi".

(46) *La guerra al diritto romano*, cit., p. 454. Si veda anche *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 183, dove già affermava che non sono gli istituti romani nella loro fissità ad essere utili per la realtà ma è l'evoluzione dei tempi a creare "nuove utilità nei principii romani"; il diritto romano inteso brugianamente è un'esperienza giuridica in evoluzione nei secoli, è descritto come "un lento e secolare adattamento di questo ai nuovi tempi".

Proprio lo sguardo rivolto all'esperienza dello *ius commune*, "che pur fra molti errori, la vera tradizione italiana conservò", permette di uscire dalle derive della romanistica ottocentesca europea approdando alla riscoperta di un ruolo del giurista nella soluzione dei problemi attuali ⁽⁴⁷⁾.

È così che si possono individuare "le cause intrinseche della universalità del diritto romano"; cause consistenti nel senso di un'esperienza che insegna "il vivo sentimento della imperfezione

(47) *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e dell'Università italiane*, *Nuovi Saggi*, cit., p. 18. L'interesse verso una inedita storia letteraria del diritto romano si inquadra proprio nell'ottica di una riscoperta delle ragioni autentiche della tradizione savignyana, nel quadro di un processo generale di trasformazione del diritto in un senso maggiormente rispondente alle concrete esigenze attuali. Cfr. *La guerra la diritto romano*, cit., pp. 454-456.

"Mai come adesso" sottolinea in *La Scuola Padovana di diritto romano nel secolo XVI*, cit., p. 77, "malgrado la ripugnanza che ci ispira la dialettica degli antichi maestri, siamo stati in condizione favorevole per poter apprezzare l'opera loro". I giuristi del *mos italicus* sono, constatava *Ibidem*, p. 12, nella medesima situazione del civilista odierno. Solo considerando il diritto romano come fonte vigente quei giuristi realizzano "il suo completo adattamento alla vita odierna, rispecchiato nella eccellente nostra giurisprudenza dei secoli scorsi, che la contemporanea a torto non si propone per modello. Ciò non sarebbe avvenuto se già in antico si fosse considerato il diritto romano come un puro prodotto storico". Quei giuristi sapevano "accostare la scienza alla pratica con un'arte ignota, è necessario confessarlo, agli stessi romanisti della scuola storica che pur si proposero, ma non hanno raggiunto tale scopo". Proprio il rifiuto di sganciarsi da un approccio pratico al diritto romano dei giuristi italiani del secolo XVI "è stata l'ancora di salvezza della nostra giurisprudenza" [p. 77].

Brugi sottolinea esplicitamente la vocazione 'attuale' dello studio del diritto in prospettiva storica nel saggio *Per una storia della nostra Giurisprudenza* (1905) poi ripubblicato nel 1915 in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, *Saggi*, cit., p. 30: "La storia della nostra giurisprudenza non è per noi un trastullo o un mero diletto archeologico. Nelle scienze morali e in specie nella nostra, il carattere di eredità proprio di una scienza è sì spiccato che il pensiero dagli avi continua in noi senza distacco". Cfr. *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., pp. 91-92, *infra* nota 187. Sul Brugi che difende il diritto romano, nella ricerca di un dialogo con la civilistica riguardo alle prospettive del rinnovamento del diritto attuale, si veda G. SPECIALE, *Antologia giuridica*, cit., pp. 107-117. In effetti, nel quadro polemico che i neoterici avevano messo in piedi contro la romanistica, il tema '*ius commune*' rappresentava un esempio di come fosse possibile (e come fosse storicamente accaduto di) evitare di inquadrare la realtà giuridica in perenni schemi formali. Cfr. P. GROSSI, "*La scienza del diritto privato*", cit., p. 175. Cfr. *infra* paragrafo 4.3.1.

delle leggi” (48), di un diritto che si svolge nella evoluzione storica in un contesto armonico tra produzione legislativa, elaborazione scientifica, esigenze della società, prassi. Un diritto che sa con ciò adeguarsi al mutare dei bisogni sociali (49).

Il rifiuto di isolare la fase classica del diritto romano, la consapevolezza della relatività del diritto nei suoi assetti contenutistici, uniti a questa sensibilità storicistica che vede il passato immanente nel presente, non si traducono quindi in una ricerca di contenuti e modelli astrattamente idonei a ispirare il legislatore attuale, ma si concretizzano prevalentemente nella riscoperta di un metodo, di un modo di porsi rispetto alla fenomenologia dinamica del diritto.

A questo punto contano più dati sistematici che contenutistici (50). In primo piano nelle ricognizioni storiche stanno i caratteri strutturali di un ordinamento. Dalla dimensione dell’esperienza, più che un tesoro di contenuti giuridici da imitare (51), risalta un metodo giurisprudenziale da riscoprire, consistente in un “insuperato mo-

(48) *La guerra al diritto romano*, cit., p. 461. Qui Brugi descrive l’esperienza del diritto romano come basata sul parallelismo tra regola di diritto e di fatto e sulla consapevolezza che una età corregge le *iniquitates iuris* della precedente. È un approccio nuovo al diritto romano, in cui si accetta l’idea della inadeguatezza dei soli strumenti tecnici per affrontare le trasformazioni in corso. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 17-18.

(49) Cfr. *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 22.

(50) Si legga come riflette sulla utilità del diritto romano rispetto alle esigenze di riforma attuali in *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., pp. 182-184. In primo piano non c’è la questione della individuazione di istituti da importare o riscoprire. Diversa è la funzione del diritto romano per il giurista moderno. Anzitutto dal diritto romano si apprende che “le leggi hanno bisogno di esser poste di continuo in armonia coi fatti”. Cfr. *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 27 e *infra* paragrafo 4.2.2.

(51) Cfr. *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, Saggi, cit., pp. 113-121 (tale saggio era stato già pubblicato nel 1906. Cfr. *supra* nota 44). Brugi spiega che “una causa che c’impediva anche di intendere il metodo degli accursiani (non dico nella monotona esposizione dialettica; ma nell’uso dei testi romani) era l’idea nostra dell’ufficio della Giurisprudenza rispetto ai codici”; ora quelle convinzioni sono superate e si è preso atto dell’impossibilità di svolgere interpretazioni “senza guardare al passato d’onde venivano come prodotto storico e senza pensare all’avvenire che di giorno in giorno le avrebbe fatte invecchiare”.

L’indicazione di guardare al diritto storico anzitutto per riscoprire un metodo ermeneutico veniva già dal *Beruf* di Savigny; cfr. S. MEZZADRA, *Dalla necessità all’occa-*

dello di tecnica giuridica e di sagace accordo tra scienza e pratica”. Egli guarda ai giuristi del diritto comune al loro modo di svolgere un compito per la società, in “quel tempo in cui si agitavano grandi problemi [...] senza che il diritto romano sembrasse un intruso, venendo anzi amorosamente coltivato pel bisogno di completare le imperfette leggi esistenti” (52).

Similmente rileva anche la continuità delle fonti storiche con le fonti positive, in un continuo “combinare il vecchio col nuovo” in un “mutare senza distruggere” (53). Il giurista di oggi con la sua azione fondata sulla consapevolezza storicistica può — in realtà per Brugi deve — favorire il riprodursi di tali dinamiche di progressione del sistema giuridico. Ecco perché il nostro autore è attratto dall’evoluzionismo positivista e dalle emergenti scienze sociologiche. In tali tendenze egli vede il perpetuarsi dello storicismo già conosciuto dalle esperienze giuridiche romane e di diritto comune e dal pensiero della scuola storica (54).

sionalità del positivismo, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXVII, 1, 1997, p. 58.

Anche P. GROSSI, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 184, ha notato come per Brugi “il diritto romano, non gli si offriva un sistema di istituti e figure entro cui adattare forzosamente e malamente la riottosa realtà economico-sociale dell’età odierna, ma un metodo sapienziale [...] non un modello ma un grande tesoro di esperienza”. Accanto al recupero di consapevolezza storicistica resta tuttavia, precisa Grossi *Ibidem*, pp. 178-179, ancora “l’idea cocciuta del modello, del ‘classico’, che è la tentazione irresistibile e anchilosante del romanista di sempre”.

(52) *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 22.

(53) Cfr. *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., p. 426. Si pensi solo per fare un esempio a come risolve la questione del rinvio ai principi generali previsto dall’art. 3 c.c.: questi principi vengono concepiti come esterni al diritto positivo, ma interni al sistema considerato in tutta la sua proiezioni storica. Sul tema si veda *infra* paragrafo 4.3.2.

(54) Più volte ribadisce la sua convinzione che i romanisti (intesi *lato sensu*) sono precursori del positivismo filosofico e più in generale dei più moderni orientamenti sociologici; si legga ad esempio il saggio *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, cit., pp. 228-234. Cfr. G. SPECIALE, *Antologia giuridica*, cit., pp. 113-114. Del resto proprio questo è l’argomento, seppure non ancora ben messo a fuoco rispetto agli scritti successivi, scelto per la sua prolusione nell’Università di Urbino, dove Brugi va a svolgere per la prima volta l’incarico di professore universitario; cfr. *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*. Urbino, tip. di Elpidio Righi, 1880, pp. 12-14. Il tentativo di Brugi di collegare la romanistica al moderno positivismo filosofico, viene segnalato, seppure in senso critico, da G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*.

Sul piano del progetto culturale e scientifico ciò risponde all'intenzione di far convergere la ricerca storica e gli studi romanistici nei nuovi indirizzi del diritto civile ⁽⁵⁵⁾. Del resto questi orientamenti brugiani vanno a collocarsi pienamente nella "domanda ermeneutica", che si svolge appunto nella triplice direzione della revisione del metodo, della enfattizzazione del ruolo del giurista in un rapporto più libero con la legislazione, nella individuazione di un nesso stringente tra mutamento sociale e ruolo del giurista ⁽⁵⁶⁾.

Un atteggiamento così propenso alla storicità del diritto, come tenderemo di chiarire nel seguito, si concilia anche con un orizzonte legalistico. Non viene affatto messo in discussione il sistema attuale con le sue coordinate sistematiche; esse vengono soltanto riscoperte e rilette in una validità possibile, proprio attraverso la loro proiezione storica ⁽⁵⁷⁾. Si tratta evidentemente di una effettiva deviazione rispetto all'autenticità del modello di sistema di diritto positivo: della legge viene fortemente attenuato il profilo volontaristico in quanto anch'esso è concepito in linea con la fattualità ⁽⁵⁸⁾; il modello

Influenze delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906), Milano, Giuffrè, 1980, p. 72 e p. 113, il quale più che un rapporto con il positivismo vi vede un rapporto con l'hegelianismo.

⁽⁵⁵⁾ Lo sottolineava con acume già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 113. L'argomento della Scuola storica come antesignana del positivismo filosofico, è usato da Brugi per accreditare la scienza romanistica agli occhi degli *homines novi* della civilistica. Cfr. P. GROSSI, "La scienza del diritto privato", cit., p. 34.

⁽⁵⁶⁾ Sono questi i caratteri, comuni ai nuovi orientamenti dottrinali, identificati da P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Génys e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 20, 1991, pp. 395-398.

⁽⁵⁷⁾ L'idea di una "continuità nel nostro pensiero giuridico" include anche la fase delle codificazioni, sottolinea Brugi in *Per la tradizione italiana nella nostra giurisprudenza civile*, (1915) ripubblicato in *Per la storia della giurisprudenza e dell'Università italiane, Nuovi saggi*, cit., pp. 194-214. Proprio per questa convinzione di continuità resta possibile a Brugi, mentre illustra le sue teorie storicistiche sui principi generali, ricollegarsi idealmente al pensiero di Scialoja. Cfr. *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 270.

⁽⁵⁸⁾ Si legga ad esempio *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, cit., p. 15, dove è chiaro il ridimensionamento del carattere volontaristico della legge nel quadro di una osservazione storica dell'esperienza giuridica, da cui scaturisce il diritto anche legislativo. Non si nega il ruolo del potere politico ma lo si contestualizza. Cfr. anche *L'introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 54-58.

puro, del resto, se fosse mai esistito come tale, era stato già ampiamente aggiornato con la diffusione della pandettistica.

Proprio in questa abile mescolanza tra intuizione innovativa e fedeltà alla tradizione tutta, compresa anche quella più recente, si colloca il senso brugiano di legalità.

L'idea di storicità del diritto, possiamo dunque dire, è centrale. È il filtro che Brugi usa per relazionarsi con i saperi nuovi e per prendere le misure al sistema in atto. Lo storicismo è la vera costante fondamentale nello svolgersi del suo pensiero in quegli anni di evoluzioni complesse e dalle implicazioni non sempre chiaramente intuibili. Allo storicismo Brugi affida in un certo senso le sue certezze, il livello di tenuta del suo ragionamento giuridico. Il resto fa parte delle scelte.

2.3. *La scienza del diritto e le altre scienze: l'apertura metodologica.*

Fra gli esiti epistemologici della percezione di uno stretto rapporto tra diritto e realtà, accanto allo storicismo, sta un secondo tratto caratterizzante il pensiero di Brugi: l'apertura metodologica. Vi abbiamo fatto cenno nelle pagine precedenti sottolineando la grande articolazione di interessi e le interlocuzioni del nostro autore.

Ci si trova di fronte ad un metodo di elaborazione del sapere che tende a mettere in comunicazione la scienza del diritto, intesa come scienza autonoma, con altre scienze, le quali pure eleggono come base della propria indagine la realtà sociale e l'uomo. Nel momento in cui Brugi si pone nella prospettiva storicistica, per cogliere il diritto nella sua genesi, scorge il legame fondamentale di tale processo con i contesti sociali e politici; ne deriva dunque l'interesse per quelle scienze, che tali contesti possono mettere in evidenza. Scienze sociali e filosofia non vengono espulse dagli interessi conoscitivi del giurista, ma viceversa rivalutate come base fondamentale di saperi che consentono al giurista di sviluppare diritto in forte sintonia con la realtà storica.

2.3.1. *Il ruolo delle scienze sociali.*

Il diritto e la realtà sono strettamente connessi, abbiamo detto,

ma non sono la stessa cosa; “le scienze sociali ci hanno convinti che la sostanza delle relazioni, anche di diritto privato, è qualche cosa di diverso dalla loro forma giuridica” (59). Tramite la sociologia il diritto viene riscoperto come punto di equilibrio delle forze del consorzio sociale; conseguentemente “la formulazione del diritto non può essere che un lavoro di percezione di tal momento d’equilibrio sociale” (60).

I vari aspetti della complessità del fenomeno giuridico possono essere colti solo intrecciando la giurisprudenza con le altre scienze sociali (61). Tale operazione si rende possibile proprio perché nel campo di queste sono emerse nuove metodologie caratterizzate dall’abbandono di approcci ‘metafisici’ (62).

Il fatto sociale diviene oggetto privilegiato di studio per comprendere il consorzio civile, al fine di “sorprendere le leggi del suo movimento”. Questo risultato a cui può tendere la sociologia è quanto di più utile al giurista, perché gli consente di spostarsi da una “concezione subbiettiva” a una “concezione obiettiva” del diritto (63) e di produrre teoriche pensate per l’organismo sociale. Il

(59) *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1109-1110.

(60) *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, cit., p. 631.

(61) In tal modo si dà attuazione al “pensiero della scuola storica che tutti i lati della vita intellettuale di un popolo sono fra loro strettamente legati”, aggiunge in *Nel regno della filosofia del diritto. Memoria letta alla r. Accademia di scienze lettere ed arti in Padova nella tornata del giorno 15 gennaio 1905*, Padova, Tipografia Randi, 1905, p. 58.

(62) *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 304. Lo sottolinea espressamente in *Giurisprudenza e codici*, in *50 anni di storia italiana. Pubblicazione fatta sotto gli auspici del Governo per cura della Real Accademia dei Lincei*, Milano, Hoepli, 1911, p. 35, dove indica l’esempio della *Rivista italiana di sociologia* che “ha sempre saputo sfuggire a quella metafisica sociale portando ottimo aiuto alla Giurisprudenza”. La sociologia a cui lui guarda con interesse, spiegava già in *Introduzione alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 227, “deriva dalla filosofia positiva e sorse come ricerca e spiegazione positiva dei fenomeni sociali”. Essa presuppone che il mondo sociale sia legato alla “realtà fenomenica” e costituisce il superamento dell’errore di considerare il sociale come “prodotto totalmente arbitrario dell’individuo”. Si vedano anche *Eguaglianza di diritto e disegualianza di fatto*, cit., p. 49 e *Ammonimenti sociali della grande guerra*, in *Rivista italiana di sociologia*, 19, 1915, (Estratto), pp. 3-6. Cfr. B. GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, pp. 2-3.

(63) Resta comunque un atteggiamento che nega il volontarismo come carattere esclusivo della legge. Cfr. *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, cit., p. 630.

che non vuol dire eliminare il carattere volontaristico (Brugi per la precisione parla di “arbitrio”) nelle scelte del legislatore e del dotto. Quelle scelte restano ma trovano fondamento e orientamento dai risultati delle analisi sociologiche, perché in esse possono essere meglio colti aspetti dei fenomeni sociali che interessano direttamente la riflessione giuridica ⁽⁶⁴⁾.

L'apertura metodologica soddisfa la necessità di dotare il giurista di “organi che tengano dietro rapidamente alle voci della coscienza popolare e possano dare un'immediata risposta a ciò che essa domanda” ⁽⁶⁵⁾. Come si può notare, la imprescindibilità di un confronto della riflessione giuridica con quella dimensione scientifica diversa si fonda sulla necessità di riorientare la prima nella sua vera funzione.

Non sfugge a Brugi neanche l'effetto programmatico, che può assumere una simile apertura rispetto alla discussione di quegli anni, sulla riforma del diritto civile e in particolare del Codice civile.

Le nuove scienze sociali hanno per esempio permesso di accorgersi del fatto che la formula giuridica ha la tendenza a creare valori astratti ed eguaglianze astratte, che non rispondono alla multiformità e alla variabilità della società reale; esse hanno posto in luce “le dissonanze sociologiche del diritto” ⁽⁶⁶⁾. Con lo storicismo, da lui

La società concepita da Brugi è un concetto mutabile soggiacente alla legge delle formazioni storiche; cfr. L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, cit., p. 329.

⁽⁶⁴⁾ Si leggano le pagine dei saggi che sull'argomento ha pubblicato nella *Rivista italiana di sociologia*: anzitutto *La giurisprudenza e le scienze sociali*, cit., p. 52, ma anche *Giurisprudenza e sociologia*, cit., p. 306 e *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., pp. 308-312. Questa idea era già consapevolmente espressa nell'*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 261. La valenza orientante delle scienze sociali per l'attività del giurista non riguarda solo il dotto ma anche il giudice. Brugi ritiene che il giudice nel prendere le sue decisioni non debba basarsi solo su valutazioni tecnico-giuridiche, piuttosto deve lasciarsi anch'egli illuminare dalle scienze sociali. Si veda ad esempio la sua nota a sentenza *Sindacati leciti*, cit., p. 276. In queste linee teoriche il Nostro sembra assorbire e dare uno proprio svolgimento alla lezione di J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, in *Zeitschrift für privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XIII, 1886, p. 2. Cfr. *infra* paragrafo 4.3.1 in particolare note 206 e 207.

⁽⁶⁵⁾ *Giurisprudenza e sociologia*, cit., p. 301.

⁽⁶⁶⁾ *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 52. Proprio questo hanno fatto capire le scienze sociali, ci spiega, “avendo minato dalle fondamenta l'antica filosofia politica che cercava metafisicamente l'ottima forma di Stato”. Esempio di quelle

considerato anche come momento di analisi sociologica, si corregge l'astrazione che la legalità e l'individualismo necessariamente producono. Emerge uno scenario nuovo di soggetti aggregati, organizzati su particolari interessi, che si muovono nella vita della società con rilevanza anche per la dimensione giuridica.

La via per disvelare queste realtà è anzitutto scientifica prima che politica. In questo senso e con questi limiti il nostro autore si apre al socialismo giuridico. Per lui infatti “non è un paradosso asserire che il fior fiore del socialismo [...] può innestarsi utilmente sul tronco della Giurisprudenza”; in tal modo la scienza giuridica potrebbe “impadronirsi coraggiosamente di ogni problema sociale” e proprio questo spostamento sul piano della discussione scientifica permetterebbe di evitare derive pericolose (67).

Nelle prospettive politiche del socialismo Brugi vede infatti riprodursi di un pensiero di carattere ‘metafisico’ — proprio mentre le scienze sociali se ne affrancavano —, che tende a sviluppare il modello di “una mostruosa società civile unica” (68). Del resto sappiamo ormai che l'idea sociale del diritto non coincideva esclu-

“eguaglianze astratte, soffocanti la realtà” sono figure come la patria potestà, il contratto, la proprietà. Cfr. *Giurisprudenza e codici*, cit., pp. 35-36, *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., pp. 309-310.

(67) *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., p. 50; le idee socialiste infatti, aggiunge, “non sarebbero forse sì nuove e pericolose, se già le avesse attratte a sé e pacatamente discusse la scuola”. Si veda l'*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 97, dove parla di un benefico “socialismo scientifico” che ha il merito di “rinnovare la tradizionale compagine del diritto con equo riconoscimento delle nuove aspirazioni”, in contrapposizione all'altro socialismo “nemico allo Stato, più volgare che seriamente scientifico, il quale guarda soltanto all'immediata, precipitata e dannosa perché fallace, soddisfazione dei bisogni popolari”. *Ibidem*, p. 59, a proposito della necessarie riforme da fare, osservava che le aspirazioni sociali “non giungono talora neppure a imporre nettamente i problemi e a vederli sotto ogni aspetto”, e che “le masse popolari sono affatto impotenti a comprendere quei problemi dalla cui soluzione scaturirà il futuro diritto, quando scienziati di cuore e imparziali vi abbiano affaticato lo intelletto, e lo Stato fortemente ne secondi le proposte”.

(68) Lo ricorda dalle pagine della *Rivista italiana di sociologia* nei saggi *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 49 e *Realtà sociale e metafisica politica (a proposito di nazionalismo e internazionalismo)*, cit., p. 170. Il rischio di una curvatura metafisica nell'affermarsi nel dibattito politico di certe categorie guida, è individuato oltre che nell'internazionalismo (socialismo), anche nel nazionalismo (patria). A queste idee dovrebbe attribuirsi un carattere di “relatività”. Cfr. *infra* nota 113.

sivamente con una sensibilità verso le diseguaglianze dei ceti deboli della società. Essa si fondava sul comune orizzonte del superamento del sistema giuridico a carattere individualistico ma conduceva a prospettive polivalenti rispetto alle trasformazioni in corso⁽⁶⁹⁾; era in questo senso aperta anche agli scenari del capitalismo più maturo. Perciò il profilo ‘sociale’ del pensiero di Brugi non contraddice alle singole prese di posizione, di solito molto critiche, rispetto alle dinamiche della lotta di classe guidata dal socialismo inteso come movimento politico⁽⁷⁰⁾.

2.3.2. *La rilevanza della filosofia.*

L’apertura metodologica non conduce solo al dialogo con le scienze sociali; Brugi guarda con eguale interesse anche alla filosofia del diritto, quella nuova filosofia che, mettendo a disposizione categorie per la osservazione del fenomeno giuridico, consente

(69) P. GROSSI, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 97, M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, in *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974/75, pp. 560-563. Lo stesso Brugi in *La guerra al diritto romano*, cit., p. 451, difendendosi dalle critiche di socialismo rivoltigli da Bonamici, osserva che “oggi vi è del socialismo di ogni colore e sapore”.

(70) Si pensi ad esempio alla prefazione scritta da Brugi al saggio di A. RAGGHIANI, *Gli uomini rossi all’arrembaggio dello Stato*, Bologna, Zanichelli, 1914, dove il Nostro critica il “terrore rosso” che teorizza il boicottaggio e il sabotaggio e rifiuta l’idea di una rottura delle “armonie sociali”. Ciò non gli impedisce di considerare il problema della diseguaglianza e di valutare i necessari riflessi che sul piano giuridico la questione sociale deve avere.

Si legga ad esempio la breve nota *Una saggia proposta dell’on. Rava a proposito della legge sulle cooperative*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 694-697, dove commenta un disegno di legge in materia di appalti nei lavori pubblici. Qui avverte chiaramente l’urgenza sociale di venire incontro alle “sofferenze della classe operaia” sui problemi del salario e delle condizioni di lavoro; questione “che attrae la considerazione di tutti gli uomini di mente e di cuore”. Egli vuole “discutere il problema con intenti pratici”; il panorama che ha di fronte (e da cui vuole distinguersi) è articolato tra le “esagerazioni, degne di compassione, dei sofferenti, le male arti di chi ne vuol trarre losco profitto, la indifferenza di chi fra gli agi guarda con noncuranza il movimento socialista, come se tutto questo fosse anarchico e chimerico” [p. 695]. Tutto ciò pone la necessità di un impegno riguardo alle regole giuridiche di convivenza sociale, che riesca nell’intento di correggere le leggi in vigore “use a considerare pressoché esclusivamente il capitale” [p. 696]. Chiude ricordando un pensiero di Carrara: “nelle questioni del salario e nelle sociali in genere, può talora il sentimento giovare, ma si ricordi che soprattutto si tratta di render giustizia” [p. 697].

ulteriormente alla 'scuola' di non restare separata dalla realtà delle cose e al giurista di comprendere e svolgere la giurisprudenza nel momento storico in cui si trova ⁽⁷¹⁾.

Si tratta di aprirsi ad "una considerazione filosofica del diritto ed una razionale spiegazione degli istituti giuridici non come schemi astratti, ma come parte integrante della realtà stessa e soggetti alla legge universale che domina tutti quanti i fenomeni osservabili"; essa presuppone il diritto come "realtà fenomenica di cui s'indaga la genesi, la evoluzione, la funzione sociale" ⁽⁷²⁾.

Viceversa occorre prendere le distanze dalla filosofia di impronta giusnaturalista e soprattutto da quella originata dal razionalismo illuminista. Tali orientamenti del pensiero hanno la responsabilità di aver indotto nel ragionamento giuridico la ricerca di "archetipi astratti di società", privi di un legame con l'esperienza in atto e di aver distolto la ragione dall'essere "mezzo di conoscere i fatti sociali" ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 47-50. Qui Brugi si definisce "uno che segue con amore i segni precursori di un risorgimento della filosofia del diritto in Italia"; parla di una fase in cui "accanto a pochi maestri si stringono giovani, i quali con diverse tendenze e spesso con diverse sfumature d'una stessa tendenza cooperano a quel risorgimento". Fra questi nuovi filosofi e giuristi indica uomini come Gabba, Carle, Filomusi-Guelfi. Toni simili, seppure un po' meno fiduciosi sulla reale capacità di rinnovamento all'interno della scienza filosofico-giuridica, sono presenti nel saggio di sei anni successivo *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 34.

⁽⁷²⁾ *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 221-224; aggiunge poi a p. 226: "Il filosofo del diritto, anziché speculare, seguendo quasi un'ideale rivelazione, deve attingere a tutte le scienze che studiano l'uomo e la società; l'antropologia, l'etnologia, la storia della civiltà e del diritto che ne è un lato; la giurisprudenza comparativa ed etnologica gli forniscono i necessari materiali di studio". Non a caso sotto l'aspetto filosofico il diritto è definibile come una "attuazione o estrinsecazione delle facoltà di cui l'uomo è fornito dalla natura: attuazione in armonia con le forze sociali in mezzo a cui egli vive" [p. 92]. Questo approccio si manifesta anche nelle simpatie che egli esprime per i nuovi filosofi positivisti. Uno di questi è G. Vadalà Papale, che il Nostro legge con attenzione; in particolare si veda la sua *Recensione* di G. VADALÀ PAPALE, *La sociologia, la filosofia della storia, la filosofia del diritto*, Catania, tip. Stesicoro, 1883, in *Rivista critica di scienze giuridiche e sociali*, 1, 1883, pp. 162-164, dove Brugi saluta "con gioia questo nuovo indirizzo, che cerca di sostituirsi alle convenzionali concezioni metafisiche".

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, pp. 12-13. È una critica rispettosa: Riguardo all'illuminismo parla di "lodevoli impazienze" che "trassero il pensiero lunge dal culto del reale e divinizzarono la ragione. [...] Ciascun filosofo foggia il proprio archetipo della società [...] Non

Ecco dunque che anche la filosofia del diritto, nella misura in cui pone a disposizione del giurista analisi sintonizzate sulla realtà delle cose, si inquadra tra quei saperi per Brugi utili e necessari, per conseguire un maggiore affrancamento della giurisprudenza dal formalismo e dal primato della legge e per acquisire una maggiore capacità di ammodernamento dei “concetti generali” e dei “fondamentali congegni” (74).

Nel quadro di questa percezione fondamentale le simpatie di Brugi per gli orientamenti filosofici in atto si modificano nel tempo.

Anzitutto, lo si è già accennato, è al positivismo filosofico che l'attenzione del nostro giurista si rivolge, perché ha come fondamento il diritto scaturito dal fatto (75). La sua è un'adesione veicolata dallo storicismo. Egli è positivista in quanto vede in quella attuale tendenza filosofica il perpetuarsi dello storicismo già conosciuto nelle esperienze giuridiche romana e di diritto comune, nonché nel pensiero della scuola storica.

È possibile poi rilevare nei lavori del nostro giurista, considerati nella loro serie cronologica, un “progressivo distacco dall'originaria matrice sociologico-positivistica” fino all'approdo ad una visione insieme idealista e statalista della realtà giuridica e sociale (76). In

sapevano forse che il diritto scaturisce e si determina da quelle relazioni essenzialmente economiche, che nessun filosofo ha create [...] che variano secondo i tempi ed i luoghi”.

(74) Come spiega nel saggio *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 55, questa nuova giurisprudenza “ammodernata i propri concetti generali, come quello di giustizia, o rivede da capo a fondo i propri fondamentali congegni, come lo Stato”, proprio perché si accorge della “vacuità di una filosofia politica, paragonabile all'inseguimento di una vuota forma, se non le dà corpo la filosofia sociale”.

(75) Cfr. *La guerra al diritto romano*, cit., pp. 450-451, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 221-226. Ma già nel 1880 aveva manifestato questa sensibilità. Nel saggio *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, cit., p. 14, sottolineava che l'odierno orientamento del pensiero filosofico, come aveva già fatto la scuola storica, individua “la genesi del diritto nella vita popolare”, riflette su un diritto che si svolge “secolo in secolo coi bisogni della vita storica”.

È questo l'approccio con cui i giuristi italiani si avvicinano al positivismo filosofico. Lo ricordava già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 112, sottolineando l'influenza prevalentemente spenceriana; il concetto di evoluzione viene giustapposto all'immobilità degli istituti giuridici tradizionali; il criterio sociologico è impiegato per superare l'individualismo al quale si ispirava il codice civile. Si pensi a personalità come Vadalà Papale, Cimbalì, e D'Aguzzo.

(76) L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, cit., p. 328. Si tratta

effetti lo stesso storicismo savignyano, che aveva guidato il Nostro all'incontro con il positivismo filosofico, era idoneo a sostenere scostamenti verso prospettive idealistiche (77).

Tale profilo evolutivo, a nostro avviso, non appartiene però alla cifra fondamentale del pensiero del nostro autore, ma agli orientamenti finali, assunti non solo sulla base delle percezioni fondanti ma anche delle scelte fondamentali.

La cifra del pensiero filosofico di Brugi va colta proprio nel suo sincretismo (con le necessarie ambiguità che implica), assunto come dato caratterizzante in quanto tale. Non si tratta del resto di una peculiarità brugiana, essendo piuttosto un tratto ricorrente in quella

della matrice idealista diffusa negli anni Venti e che verrà usata strumentalmente dal fascismo.

(77) Come ha osservato L. LABRUNA, *Ibidem*, p. 340, l'ultimo Brugi vedrà nell'idealismo "quasi una conseguenza un logico e completo svolgimento del programma del positivismo", che a sua volta traeva fondamento anche dalla scuola storica. Riorientamenti in senso idealistico di impostazioni teoriche storicistiche, naturalistiche, evolutivistiche, sono del resto rinvenibili anche in altri romanisti di quella generazione. Si pensi a Bonfante, come è stato messo in evidenza da A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma, Bari, Laterza, 1990, pp. 286-291.

La compatibilità degli orizzonti della scuola storica con quelli dell'insegnamento hegeliano veniva segnalata già da G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 72; si vedano le pagine dedicate a Jhering [pp. 73-76] e al confronto tra lo storicismo savignyano e l'hegelianismo [pp. 82-88].

Non intendiamo aprire un discorso sulle ascendenze e le implicazioni filosofiche del pensiero di Savigny, per altro ampiamente già affrontato e svolto dalla storiografia più autorevole; cfr. fra gli altri, G. MARINI, *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, in *Quaderni fiorentini*, 9, 1980, pp. 114-163, P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, cit., in partic. pp. 89-102, A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, Laterza, 1984, in partic. pp. 45-60, J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984, in partic. pp. 232-299 e 416-424, K.W. NÖRR, *Eber Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn, München, Wien, Zürich, Schöningh, 1991, P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova, Compagnia dei Librai, 1999, in partic. pp. 189-204, L. RAPHAEL, *Rechtskultur, Verrechtlichung, Professionalisierung*, in *Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert*, a cura di C. DIPPER, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, in partic. p. 41.

Ci interessa solo rilevare che nelle propaggini più mature della variegata scuola storica, una volta superato anche il rifiuto del codice, non era affatto impensabile che lo storicismo savignyano venisse miscelato con contenuti e orizzonti di tipo idealistico.

generazione di scienziati ⁽⁷⁸⁾. È un aspetto, in quegli anni a cavallo tra Otto e Novecento, della risposta possibile ad una trasformazione sociale complessa, ad una serie di interrogativi problematici, di fronte ai quali i giuristi si trovano con poche e inadeguate certezze, nella coscienza di un impegno civile indefettibile, mossi da quella ‘preoccupazione per il sistema’ ⁽⁷⁹⁾, che ha sempre segnato i percorsi intellettuali della scienza giuridica italiana.

2.4. *La centralità del giurista.*

Passiamo ora ad esaminare i caratteri di un’ultima percezione fondante. Si tratta di una consapevolezza non nuova, che pone il giurista scienziato al cuore dei processi di enucleazione del diritto. La centralità del giurista è certamente un dato persistente nella nostra esperienza giuridica, ma è anche vero che, nelle varie fasi storiche, è stata diversamente concepita e vissuta. Brugi, cresciuto nel tempo della liberazione dai lacci dell’esegesi, realizzata dalla pandettistica tedesca e dai suoi seguaci italiani, propone un modello molto originale che si distingue da quest’ultima, sia perché recupera profili antiformalistici tipici della tradizione di diritto comune medievale, sia perché si avvale del nuovo contesto di saperi in rapida emersione, che riempie gli ultimi anni del secolo XIX. Da ciò il tecnicismo del giurista esce vivificato, perché relativizzato.

La sua percezione della centralità della giurisprudenza si delinea guardando a tre contesti di elaborazione del diritto emergente in

⁽⁷⁸⁾ P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 169, ha già spiegato come con il “medium giuridico” si siano potute confondere nel discorso del giurista degli anni a cavallo tra il secolo XIX e XX filosofie fra di loro incompatibili, come lo storicismo savignyano, il sociologismo positivisticò, il neo-idealismo e lo spiritualismo cattolico.

⁽⁷⁹⁾ È una categoria impiegata da M. SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto*, Milano, Giuffrè, 1969, per i *doctores* tardo-medievali, ma che vale pienamente a descrivere la partecipazione di giuristi come Brugi alle vicende politiche e sociali della propria epoca. Questa impronta è stata del resto rilevata nella scienza penalistica italiana del XIX secolo, dallo stesso M. SBRICCOLI nei saggi *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’unità alla repubblica*, cit., p. 155, e *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d’Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1998, p. 494.

quei decenni: le scienze collaterali, la legislazione, la giurisprudenza dei tribunali.

2.4.1. *Giurisprudenza e 'scienze germane'.*

Una consapevolezza, da poter cogliere nell'atteggiamento di apertura metodologica di cui abbiamo parlato sopra, è che il sapere non sia monopolio di una sola scienza ma la risultate del reciproco integrarsi di scienze collaterali. Ciò però non porta Brugi a ridimensionare il ruolo degli studi giuridici, piuttosto lo conduce a ritrovare le peculiarità, le specialità, l'irrinunciabilità della giurisprudenza. Le scienze sociali, filosofiche, giuridiche, economiche, infatti, insistono su un comune oggetto (la realtà, il fatto sociale, ecc.), ma cogliendone aspetti diversi; lungi dall'escludersi vicendevolmente, tali saperi si presuppongono secondo il principio della divisione del lavoro scientifico ⁽⁸⁰⁾.

Grazie al confronto con le altre scienze si recupera quella dimensione di scientificità autonoma della giurisprudenza. È il tentativo di recupero di spazi e di ruolo per la scienza del diritto in un tempo in cui, messa in discussione dall'accentuarsi del divario tra diritto legale e realtà, sembrava perdere anche il senso della propria funzione epistemologica. Non a caso il Brugi che incontra i filosofi e i sociologi e scrive nelle loro riviste, è impegnato a difendere gli ambiti tipici della scienza giuridica ottocentesca, ora rivendicati dalle nuove scienze ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., p. 1107.

⁽⁸¹⁾ Si pensi ad esempio alla questione della parte generale trattata *Ibidem*. Vero oggetto del discorso è la difesa della scienza giuridica dalla filosofia, che sempre più rivendicava spazi fin ora occupati dalla riflessione giuridica, soprattutto nella elaborazione della teoria generale del diritto. La nuova filosofia opponeva questa pretesa poiché constatava il carattere meramente formale delle principali partizioni disciplinari usate dalla scienza giuridica per enucleare le rispettive parti generali. Brugi è dell'avviso che si debba conservare la prerogativa al giurista ma anche che si debba formulare una diversa impostazione delle categorie generali del sistema. Nel saggio *Recenti critiche al sistema di diritto privato*, in *Rendiconti della Real Accademia dei Lincei*, 20, 1911, pp. 274-276, egli propone di fare della parte generale una dottrina del rapporto giuridico; "le altre parti son divenute, con più logico legame, trattazioni di ciascuna grande classe di rapporti giuridici". Il concetto di rapporto giuridico inoltre eccede i confini del solo diritto

Per superare l'*impasse* bisognava insomma rifondare l'autonomia della scienza giuridica, diversamente da quanto avesse finito per fare la pandettistica, ripensando il diritto nei suoi collegamenti con l'ambiente sociale⁽⁸²⁾ e dunque con il riconoscimento dei saperi sulla società che stavano emergendo.

La scienza giuridica, avverte Brugi, è cambiata, così come sono cambiati i caratteri del sistema giuridico, non più circoscrivibile dalla forma di un codice civile; la giurisprudenza è ora un "sistema di discipline giuridiche, politiche, sociali, fra loro combinate" e solo questa giurisprudenza può consentire di comprendere "la formola, approssimativamente esatta, delle condizioni in cui trovasi il nostro diritto"⁽⁸³⁾. C'è una 'centralità' della funzione del giurista, che però è tale nella misura in cui quel giurista, oltre che a studiare i testi legislativi, si impegna a interloquire con le scienze sociali.

privato e dunque permette il superamento 'ponderato' delle rigide distinzioni disciplinari e in particolare della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

⁽⁸²⁾ *La giurisprudenza e le scienze sociali*, cit., p. 107: "Oggi pure il diritto (coerentemente anche a quell'idea che abbiamo noi della società come organismo) è una norma collegata in tutti i suoi aspetti con l'ambiente sociale". Conseguentemente "noi vagheggiamo" spiega ancora "che questa [la giurisprudenza] [...] penetri fidente in tutti i meandri della società e ne intenda i bisogni e i dolori" [p. 109].

È un'idea ribadita da Brugi, nello stesso anno, nella *Prefazione* che scrive a A. LEVI, *Delitto e pena nel pensiero dei Greci: studi su le concezioni antiche e confronti con le teorie odierne*, Torino, Bocca, 1903, p. IV: "Io non volli mai guardare il diritto, antico o moderno che sia, con occhi da miope il quale non vede che la legge, e crede poi quello solo che i suoi occhi difettosi vedono, essere diritto [...] Ci attira l'analisi dei sentimenti e delle idee sociali, di cui le leggi e gl'istituti sono una più o meno perfetta incarnazione". Tale rilievo riguarda anche la storia del diritto, la quale non deve offrire "un catalogo di fatti slegati, ma una viva rappresentazione di tutta la loro civiltà: e continua "si sente più che mai essere il diritto un lato della vita sociale connesso strettamente a tutti gli altri" [p. VIII].

Possiamo dunque sottolineare come l'idea di un livello sociale del fenomeno giuridico non sia legata alla contingenza del momento; la relazione tra scienza giuridica e scienze sociali è considerata una caratteristica necessaria del fenomeno giuridico sia esso moderno o antico, fa parte delle 'percezioni fondanti' e non delle 'scelte fondamentali'.

⁽⁸³⁾ *Giurisprudenza e codici*, cit., pp. 35-36. Infatti, come spiega in *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., pp. 306-307, da un lato le scienze sociali "sono le sole che possano illuminare il giurista intorno ai fatti che egli ha da regolare. Contemporaneamente le verità scoperte dalle scienze sociali resterebbero lettera morta senza la riduzione a norme che ne ricava il giurista".

Rispetto al contesto dei saperi che ineriscono al diritto, la giurisprudenza si propone come il concetto unificatore e appare come un sistema integrato di conoscenze⁽⁸⁴⁾. Non dimentichiamo il fondamento storicista della riflessione del nostro Autore: se da un lato ciò implica la ricerca di una sintonia con le altre scienze sociali, dall'altro riporta la scienza giuridica ad un ruolo attivo di mediazione tra realtà in movimento e sistema giuridico. Scienza appunto in quanto specializzata in un compito che è suo esclusivo: quello di armonizzare le evoluzioni che sono in corso e ricavarne un senso complessivo che altrimenti non si potrebbe avvertire.

(84) *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 57-58. La Giurisprudenza infatti è una "formazione storica" "che studia il diritto quale effettivamente risulta oggi e come emerge dalla psiche popolare in armonia all'odierno organismo della civil società"; le scienze sociali che si intrecciano con la giurisprudenza servono dunque con considerazioni storiche, comparative e filosofiche "a spiegare il complesso fenomeno giuridico da tutti i suoi aspetti". O come precisava nell' *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 110: la giurisprudenza "è il sistema delle scienze giuridiche e politiche che studiano il diritto, la società e lo Stato e son legate tra loro da vincoli non artificiali, ma derivanti dall'odierna condizione della società".

Il concetto è ribadito nel saggio *Giurisprudenza e sociologia*, cit., pp. 306-307: la giurisprudenza "non toglie il passo alla sociologia, né alle scienze sociali che possono volgersi ad analisi dei loro fenomeni ben più complete di quelle che son necessarie per la giurisprudenza. Tutte le umane cognizioni son fra loro in qualche rapporto; [...] Per legge storica (che tolse il diritto all'arbitrio dei potenti e lo restituì alla sua dignità di fatto sociale) si incrocia e combina così nella giurisprudenza sino a costruire una scienza a sé, un sistema di speciali discipline". "Definirei pertanto la giurisprudenza odierna: un sistema di scienze che studiano il diritto, la società, lo Stato nelle loro naturali relazioni per conseguire nei civili consorzi i fini della conservazione e della maggior prosperità possibile di ognuno e di tutti". Cfr. *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 55, *La giurisprudenza*, cit., p. 664.

Così anche nel saggio *La giurisprudenza e le scienze sociali*, cit., p. 52, dove rispondeva alle critiche mosse ai giuristi da Alfredo Niceforo in un intervento presentato al Congresso delle scienze sociali a Parigi nel 1900: seppure debbano godere di una loro autonomia "si devono lasciare al dominio di questa [la giurisprudenza], non come ancelle, bensì come germane delle altre discipline di famiglia, tutte quelle scienze sociali, o, se vogliamo dire in altro modo, tutti quegli aspetti delle scienze sociali, da cui può ricever luce il diritto privato e pubblico".

Questo tipo di "gusto per il sistema" basato su una integrazione organica delle conoscenze scientifiche, è un tratto caratteristico di quel mondo positivista; cfr. P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., pp. 105-106.

2.4.2. *Giurisprudenza e legislazione.*

La centralità della giurisprudenza scientifica, sapienziale, viene poi ribadita nel confronto con un altro contesto di primo piano nello scenario del diritto in evoluzione: la legislazione.

Come avremo modo di vedere, Brugi, di fronte alle pressioni dal basso per una riforma sociale degli istituti giuridici, vede di buon occhio il ricorso alla leva delle leggi speciali. Il sistema di diritto positivo che egli immagina è fatto di un complesso di norme contenute in leggi speciali e di codice, che devono essere combinate dal giurista “in una dottrina unica, giungendo al più alto grado della logica della scienza” (85). Proprio questa “logica di scienza” è necessaria ad affiancare e completare la “logica delle leggi”, non potendo la legislazione sempre proporre un sistema perfetto, non essendo affatto scontato che dallo Stato “dal suo trono filosofale niuna legge discende se non è logica e razionale in sé e in relazione a tutte le altre innumerevoli leggi vigenti!”.

La combinazione logica delle leggi non è un dato già posseduto in partenza, ma va ricavato poi dal giurista (86), non attraverso — qui sta il tratto originale — un processo meramente logico deduttivo, ma tenendo presente che il sistema è “una forma logica in cui si versa la sostanza sociale” (87).

(85) *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 27. Il concetto di “logica di scienza” è definito nel saggio *Logica di leggi e logica di scienza*, in *Rivista italiana di sociologia*, V, 1901, p. 164: “Dico logica di scienza quella combinazione di tutti i rami della giurisprudenza, degli istituti di ogni ramo di essa, delle norme di ogni istituto in una perfetta sintesi”.

(86) *Ibidem*, pp. 164-165. Se non si comprende questo passaggio necessario, aggiunge ancora, “finiamo per ridurre la legislazione un quid astratto e metafisico che abbia in sé la propria ragione di essere”. Invece l’insieme delle leggi appare in logico assetto solo agli occhi dello scienziato; lo ricorda dieci anni dopo nel saggio *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 23; cfr. *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, cit., p. 19.

(87) *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 36. Così da un lato il giurista è un tecnico e “può e deve apprezzare l’importanza logica del proprio tecnicismo e del sistema di regole consacrate nel Codice”, ma al contempo è consapevole del fatto che “ogni relazione giuridica è la formola di una relazione sociale”. Cfr. *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 306, *supra* nota 32. È questa una consapevolezza persistente. Si legga quanto scriveva decenni prima nella sua *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 60-61.

Il primato della legge è in tal senso solo un fondamento del primato della scienza. La legge è riproposta in maniera aggiornata nella funzione ordinante esercitata dalla scienza ⁽⁸⁸⁾. Si tratta qui di una centralità del giurista rispetto al rapporto complesso che sussiste tra *ius conditum* e realtà in evoluzione. Proprio il momento ermeneutico è l'anello che consente di tenere insieme le due dimensioni o di evidenziarne la irrimediabile inconciliabilità, creando le condizioni tecniche per la riforma.

La centralità della scienza giuridica, nel quadro del sistema della legalità, si caratterizza, dunque, anche per essere *praeter legem*; la necessità di una scienza giuridica autonoma si legittima anche nel fatto che solo i giuristi possono preparare il terreno alle necessarie riforme legislative.

Il legislatore di Brugi, vista la complessità della realtà che è chiamato a regolamentare e considerato "il tecnicismo dei problemi legislativi", è dipendente dalla scienza; non dimentichiamo infatti che il diritto è "una emanazione della coscienza popolare", e che questo sentimento della coscienza popolare per diventare diritto deve passare "attraverso laboriose manifestazioni di uomini tecnici", cioè dei giuristi ⁽⁸⁹⁾.

Ora è la scienza giuridica che appare essere la soluzione, il filtro che riproduce l'armonia del diritto con la società. Non a caso ricorre

⁽⁸⁸⁾ Tra codice, leggi speciali, necessità sociali, ricorda nel saggio *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 169, "la giurisprudenza deve appunto assumere quest'ufficio di scienza che dirige e coordina quanto nella legge si matura". Cfr. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 40, *infra* nota 186.

⁽⁸⁹⁾ *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., pp. 191-192; si devono affrontare, prosegue, "problemi che solo i giuristi possono nettamente proporre e tentar di risolvere, preparando i materiali per il legislatore. [...] Ai di nostri il potere legislativo non fa che tradurre in legge quanto gli scienziati dapprima, liberamente speculando, indi le apposite commissioni, hanno suggerito". Troviamo simili rilievi nel manuale di *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 39. Cfr. *infra* nota 186. È per Brugi un modo di reinterpretare l'insegnamento di Filippo Serafini. Cfr. A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, cit., p. 283.

Qui c'è ancora la lezione di J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 3, che spiega come il legislatore non possa comprendere le *rechtlichen Folgen* delle leggi che emani, e che queste emergono solo nel momento della loro applicazione; "die Anwendung ergibt oft ein ganz anderes Bild, als er [il legislatore] sich im Geiste vorgestellt hat".

la critica a Savigny per aver eccessivamente sottolineato il carattere spontaneo del *Volksggeist*, mentre “la spontaneità popolare [...] non presenta che la materia prima, la quale ha bisogno di grandi manipolazioni prima di diventare diritto, norma giuridica generale”⁽⁹⁰⁾. Capace di realizzare la necessaria manipolazione è solo lo scienziato⁽⁹¹⁾.

Tale fiducia nella scienza spiega forse meglio perché di fronte alla complessità che interroga le istituzioni dello Stato non si punta principalmente sulla iniziativa politica e sul partito politico⁽⁹²⁾.

2.4.3. *Giurista e giurisprudenza giudicante.*

La centralità del giurista è dunque pensata prevalentemente

⁽⁹⁰⁾ *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 54; a ulteriore chiarimento aggiunge: “Procedendo sempre più la società [...] la parola legislatore assume l'aspetto di una *factio iuris*. Commissioni di dotti colpiscono il sentimento popolare (ad es. per le odierne leggi sociali), lo fanno salire alla figura di un problema, lo analizzano scientificamente, ne propongono una soluzione, cui un ministro di genio, interprete dei bisogni del suo tempo, dà il proprio nome, l'assemblea legislativa dedica una parvenza di discussione” [pp. 57-58]. Come può il legislatore, prosegue Brugi, da solo affrontare il nodo della riforma del diritto civile e dei suoi rapporti con il diritto commerciale? Qui si richiede prima una attività di scienza che sappia preparare il terreno per la riforma legislativa, cfr. *Ibidem*, p. 58.

Era una prospettiva, questa non solo di Brugi, che affidava alla interpretazione l'aggiornamento del diritto civile, considerato insufficiente il ricorso al Parlamento. Era un atteggiamento che poneva “la necessità di uno sviluppo nell'atteggiamento culturale dell'interprete”, come osserva G. FURGIUELE, *La “Rivista di diritto Civile” dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini*, 16, 1987, pp. 521-522.

⁽⁹¹⁾ L'idea di un supporto dottrinale che affianca l'opera del legislatore tuttavia non mette in discussione il principio della sovranità della legge. Per questo in certi scritti di Brugi la valenza ‘creativa’ o ‘produttiva’ del ruolo ancillare riconosciuto alla scienza giuridica, può apparire attenuato fino a quasi scomparire. Cfr. G. MARINO, *Biagio Brugi e il “metodo storico”*, cit., pp. 311-312, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 144-145. Si tratta in effetti di opzioni e non di percezioni fondamentali. Si legga *infra* la parte 3.

⁽⁹²⁾ Il dato era già emerso *supra* nella conclusione del paragrafo 2.3.1, a proposito della posizione di Brugi sui movimenti politici socialisti. Per la precisione, però, c'è qualche passaggio della riflessione di Brugi che riguarda i partiti politici e in cui gli si riconosce un ruolo nella cura degli interessi diffusi nella società. Su queste inattese, complessivamente marginali, ma interessanti proiezioni brugiane verso la messa a fuoco di un orizzonte di ‘costituzione materiale’ si veda *infra* il paragrafo 3.2.

come centralità dello scienziato. Ciò si chiarisce anche guardando al rapporto tra giurista e la giurisprudenza giudicante considerata come snodo della trasformazione del diritto latente nel diritto vivente.

Il discorso è sviluppato da Brugi soprattutto quando si impegna a riflettere su sentenze che introducono elementi di novità nella disciplina di istituti giuridici. Qui egli si misura con la “giurisprudenza come forza rinnovatrice della legge”, capace di “supplire alle lacune di questa” (93).

Alla giurisprudenza dei tribunali è utile rivolgersi per interrogarsi sui problemi posti dal diritto legale, quando sono cambiati gli interessi socialmente rilevanti, per i quali l'ordinamento deve assicurare protezione; ciò perché proprio le decisioni dei tribunali “c'informano su certe tendenze dell'età nostra riguardo al codice” (94). È questo il caso tipico della proprietà rispetto alla quale, all'interesse individuale tende a sostituirsi la rilevanza dell'interesse sociale.

Tuttavia è lo scienziato che tiene le fila delle tendenze in atto; solo con una loro ponderazione scientifica si può realizzare l'adeguamento del diritto positivo alla realtà o verificare la sua inadeguatezza necessitante una riforma (95). Inoltre il giurista confronta la giurisprudenza con la legislazione speciale, con il codice, verifica gli orientamenti interpretativi nel loro fondamento sociale, politico ed economico, usando le scienze ‘germane’; insomma si propone come centro di coordinamento di una complessità, di cui la decisione del giudice rappresenta solo uno dei fronti in movimento.

La scienza ricopre un ruolo fondamentale per l'attività del giudice anche quando si rinvia alla giurisprudenza dei tribunali, avendo la materia i caratteri della *quaestio facti* e dunque necessitante una soluzione al livello di decisione nel caso concreto e non di regola generale posta dal legislatore (96). Il riconoscimento delle

(93) *L'immissione di rumore prodotto da uno stabilimento*, cit., p. 170. Su questi inviti di Brugi a guardare alla giurisprudenza per ricavarvi il nuovo sistema della responsabilità civilistica cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 392-402.

(94) *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 5.

(95) *Ibidem*, p. IX.

(96) Cfr. *Immissione di fumo da battelli a vapore*, cit., pp. 876-879.

dinamiche di libero apprezzamento del giudice, la riscoperta di dispositivi come l'*arbitrium boni viri*, la definizione di concetti nuovi da impiegare in tale contesto, non sono opera della giurisprudenza giudicante o del legislatore, sono il risultato di elaborazione scientifica che interpreta problemi in atto e individua gli strumenti più corretti per la loro soluzione. La scienza individua nuove categorie generali e le mette a disposizione del giudice ⁽⁹⁷⁾.

Il giurista scienziato, rispetto alla mobile giurisprudenza dei giudici, si ritaglia sempre la posizione di centro di riferimento a cui le dinamiche in corso, seppure sviluppandosi al di fuori, finiscono per doversi ricondurre.

La centralità della scienza giuridica ⁽⁹⁸⁾ è confermata in tutte le direzioni: verso le scienze sociali e filosofiche, verso la legislazione, verso la giurisprudenza giudicante. Tali realtà produttive di giuridicità sono riconosciute come legittime, in quanto si conservano in quel rapporto di reciproca coesistenza.

Ogni eccesso escludente viene rifiutato: si respinge come abbiamo visto l'ambizione egemonica della filosofia, si contestualizza il volontarismo del legislatore e, come vedremo, si prendono le distanze dagli eccessi *freirechtler* nel riconoscimento di un ruolo di primo piano per la giurisprudenza giudicante. In questa tenuta di equilibrio proprio la centralità della scienza rappresenta un ancoraggio fondamentale.

⁽⁹⁷⁾ Si veda ad esempio *Ibidem* la questione dell'abuso di diritto. Qui si critica il ritardo della giurisprudenza giudicante, sul tema delle immissioni; essa continuava a fondare il ragionamento su una interpretazione estensiva dell'art. 574 c.c., mentre ad avviso di Brugi si poteva andare oltre il codice, riconoscendo la categoria generale di abuso di diritto; il bilanciamento degli interessi veniva caso per caso valutato *ad arbitrium boni viri*. Si veda il discorso ripreso in termini più completi nel saggio *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli, pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, Principato, 1931, pp. 77-83 e in *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 97-100. Su queste interessanti aperture giusliberiste ritorneremo *infra* paragrafo 4.3.3, in partic. la nota 274.

⁽⁹⁸⁾ Del resto, demitizzati codice e diritto romano (inteso in senso pandettistico), a salvaguardia dell'ordine giuridico restava l'interpretazione. Resta il giurista mediatore fra legge immobile e società in corsa. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 18.

3. *Le scelte fondamentali.*

Le consapevolezze poste alla base del ragionamento giuridico, guidano il Nostro nel confrontarsi con l'attualità, nel pronunciarsi sulle prospettive della attuale evoluzione del diritto e sugli strumenti con i quali sia opportuno gestirla.

La militanza civile del giurista ora si sposta dal terreno della ricerca delle fondazioni a quello delle scelte necessarie rispetto alla contemporaneità che lo interroga. Gli strumenti ermeneutici e metodologici, messi a punto attraverso le percezioni fondanti, vengono impiegati per decidere. Si tratta di optare rispetto alla multiforme realtà in movimento, di compiere scelte coscienti sulla base della constatazione storica.

Il favore per il primato della legge, che segna con progressiva chiarezza la riflessione del Brugi civilista, è una di queste opzioni.

3.1. *La legalità come aspetto della costituzione politica fondamentale.*

Le premesse della scelta di conservare il sistema della legalità erano già contenute nella visione organicistica dei processi di produzione del diritto. Va ricordato infatti che questi partivano sì dalla fattualità e dalla c.d. coscienza popolare, ma poi, per compiersi, erano necessitati ad approdare nella legge, soprattutto grazie alla mediazione del giurista scienziato; correlativamente anche il diritto già positivizzato restava in contatto con la fattualità attraverso la mediazione del giurista, che ne sviluppava il potenziale ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 192, *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. IX, 77, 103, *passim*. Esemplificativo è il seguente passo: "Una legge dev'essere, secondo me, interpretata secondo il suo spirito; ma specialmente in quei casi in cui noi dobbiamo dar valore concreto ad astratte formole ed astratti caratteri, ci sarà lecito intendere la legge si da riaccostarla nel modo maggiore possibile alla realtà della vita. Ciò si deve principalmente dire di una definizione che dobbiamo leggere coi nostri occhi, non con quelli dei nostri avi" [p. 142].

Va letta in questo senso la critica che Brugi, nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 27-28, muove alla Scuola storica per aver radicalizzato lo scontro sul primato del legislatore. La scienza giuridica avrebbe dovuto comprendere che quella da svolgere era piuttosto una battaglia per garantire che vi fosse un "legislatore sapiente", capace di leggere nella coscienza popolare e adeguarsi ai suoi

Come si può già avvertire, nell'uno o nell'altro senso il giurista interloquiva sempre con la legge. Il forte recupero di fattualità e di giurisprudenzialità nei profili sistematici e nei contenuti del diritto non implicava quindi una messa in discussione della legalità come baricentro dell'ordinamento giuridico; ne determinava solo una ricontestualizzazione.

Anche la legalità è per Brugi un prodotto dell'esperienza, è portatrice di una valenza storicistica che non può essere dimenticata di fronte alle esigenze di rinnovamento ⁽¹⁰⁰⁾. Tutta la storia è necessaria per affrontare le transizioni, compresa la sua parte più recente; in questa c'è anche l'esperienza del primato della legge.

Così se da un lato si prende coscienza del fatto che il diritto si fonda sulla società e che la legalità non è una categoria indisponibile ⁽¹⁰¹⁾, al contempo (e proprio per questo) essa è considerata come dato storico, espressione di bisogni della società, che viene indagato e riconfermato nel suo possibile valore per l'attualità ⁽¹⁰²⁾.

bisogni. La scienza giuridica in questo quadro è coesistente, non alternativa al primato del legislatore. Cfr. *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 15.

⁽¹⁰⁰⁾ G. MARINO, *Biagio Brugi e il "metodo storico"*, cit., p. 301, vede nel Brugi legalista, ma in un ottica storicistica, la volontà di "risolvere una positività che si volesse tutta giocata sulla legge, nell'altra, che la positività del diritto è già nel suo essere storia e dottrina, sistema nel e del sociale complessivo".

Ritroviamo i punti di vista di V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 424; qui, dopo aver evidenziato la funzione innovativa dell'interpretazione, ricorda che, essendo la legge un prodotto dell'esperienza "lo sviluppo del diritto, salvo anomalità eccezionalissime, deve tenersi stretto al diritto positivo vigente". Cfr. *infra* nota 201.

⁽¹⁰¹⁾ La cosa viene ricordata in più occasioni. Così ad esempio in *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 161, Brugi sottolinea che la scelta di puntare sulla sovranità della legge dipese dalle particolari condizioni del periodo che dal XVIII porta al XIX secolo. Cfr. *infra* paragrafo 4.1. Il concetto viene ribadito anche in altri saggi; cfr. *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., p. 429, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. XI, *Il nuovo diritto del lavoro nel sistema giuridico moderno: referendum / Biagio Brugi, Silvio Lessona, Giorgio De Semo*, Roma, Edizioni del diritto del lavoro, 1927, p. 13.

⁽¹⁰²⁾ Si legga ad esempio il ragionamento svolto nel saggio *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1109-1110: da un lato si sottolinea che la vita degli istituti giuridici si svolge fuori dalla figura giuridica, nella realtà sociale; dall'altro però si ricorda come il fatto di dare a quelle relazioni giuridicamente rilevanti una "figurazione giuridica", "obbedisce ad una legge storica". E ricorda che questo vincolo deriva dal "vivo desiderio di sottrarre, sin dove possibile, l'azione dello Stato ad ogni arbitrio". Anche nel volume *Della proprietà*, cit., vol. I, p.

È questo il livello in cui si consuma la scelta fondamentale: il dato dell'esperienza, che fa della legge il perno della produzione del diritto, corrisponde, per Brugi, ancora alle esigenze attuali della società.

Egli è un disincantato ma al contempo convinto assertore della scelta per la legge. Così ad esempio rifiuta la consuetudine come fonte di diritto, tanto *contra legem* quanto *praeter legem* ⁽¹⁰³⁾. Ma il discorso è ancora più istruttivo in riferimento alla questione dell'equità.

La presa di distanza verso derive giusliberiste è riscontrabile già nel 1905, prima ancora del saggio del 1923 ⁽¹⁰⁴⁾. Si rifiuta una

167, ribadisce che la fase dei codici, con tutte le relativizzazioni che egli stesso propone, non è ancora esaurita; questo concetto lo aveva già chiarito nell'*Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 156-157, mentre osservava che alla fine il codice non aveva impedito la "formazione continua del diritto". Cfr. *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 435-436. In questa chiave, la constatazione di una origine storica precisa del concetto di primato della legge diventa argomento per ribadire l'attualità della categoria; si legga ad esempio la sua *Prefazione a L'interpretazione della legge* di F. DEGNI, cit., p. V.

⁽¹⁰³⁾ *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 27-28. La consuetudine, spiega, può dirsi sostanzialmente eliminata dalle fonti del diritto privato con l'art. 48 delle disposizioni transitorie del c.c.: nelle materie regolate dal codice, cessano di aver forza gli usi e le consuetudini a cui il codice stesso non si riferisca espressamente; vale la consuetudine (ma va provata) per le materie che non formano oggetto del codice; si rifiuta la *consuetudo contra legem* e la *consuetudo praeter legem*. In sostanza la consuetudine non funge mai da complemento della legge. Tale atteggiamento restrittivo sembra potersi in parte spiegare tenendo conto delle finalità didattiche del manuale di *Istituzioni*. Brugi aveva già avvertito nell'introduzione: "Si additino pure ai giovani le imperfezioni e le lacune della legge e i possibili miglioramenti"; ma non si rinunci ad insegnargli anzitutto il diritto positivo. "Questo debbono anzitutto conoscere i giovani e rispettar come legge, quando pure anelino a certe riforme di cui pressoché tutti vediamo la necessità" [p. XII].

⁽¹⁰⁴⁾ *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 63-65. Il saggio del 1923 è *L'equità e il diritto positivo*, cit., già ricordato *supra* nella nota 15. In tale articolo Brugi prende le distanze dalle tesi di G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, pp. 256-287, che fondevano il diritto legale con l'equità naturale, mettendo fine all'idea di una separazione tra il diritto positivo e l'equità. Essa secondo Maggiore doveva emergere tramite il giudice [pp. 266-267], in modo da consentire una armonizzazione dell'elemento statico del diritto con quello dinamico, "tra il suo fissarsi in legge e il suo perenne trasmutarsi nella coscienza" [p. 286]. È l'emersione di un "nuovo storicismo" che va oltre la concettualizzazione tradizionale fatta della scuola storica (coscienza popolare come fonte per le scelte del legislatore); proprio questa idea di coscienza popolare viene invece difesa da Brugi nel

nozione di equità sciolta dai lacci del diritto positivo, per porsi “in armonia con la generale coscienza giuridica”, attraverso l’azione libera e prudente del giudice, “vivificando secondo l’ideale giuridico, la legge stessa” (105). È la negazione di un approdo che sembrava poter conseguire alle percezioni fondamentali fin ora descritte (106).

Esplicito è l’argomento usato da Brugi per giustificare questo inatteso cambio di direzione: l’idea di un’equità liberamente amministrata dal giudice riporterebbe in vita un senso giuridico antico, che appartiene alla nostra tradizione più gloriosa, ma che è estraneo alla contemporaneità e ai fondamenti dell’attuale sistema sociale e politico, che invece è basato “sopra un rigido senso di legalità” (107).

Nel rapporto voluto e cercato dell’attualità con l’antichità il primato della legge è individuato espressamente come differenziale

suo saggio sull’equità del 1923 e già prima nel saggio *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 15. Cfr. *infra* paragrafo 4.3.3. Per un inquadramento dell’intervento di Brugi sull’equità nel dibattito degli anni Venti si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 140-146.

(105) *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., p. 64. L’equità, spiega in *L’equità e il diritto positivo*, cit., p. 451, è effettivamente universale fonte del diritto. Come ha insegnato Savigny è uno degli elementi costitutivi del diritto che sta nel *Volksgesist*. Ma tutto ciò deve rilevare solo per il legislatore. La legge si formula sulla base dell’equità. L’ordine giuridico basato sui codici (prospettiva, sottolinea, accettata oggi dalla stessa scuola storica) consiste proprio in un ordine giuridico in cui il legislatore ha già fusi tutti i sentimenti della coscienza popolare. L’equità dunque di per sé “non è diritto positivo, ma potrà divenirlo per nuova legge”.

(106) Non a caso nel pensiero di Brugi sono individuabili, come ha sottolineato P. GROSSI, *“La scienza del diritto privato”*, cit., p. 179, “due anime, due cifre intellettuali assai difficilmente armonizzabili, quasi una dissociazione costitutiva entro l’unità formale del personaggio”. A nostro avviso si tratta di due cifre diverse perché differente è la rispettiva natura: la prima, quella storicistica, appartiene alle percezioni fondanti, la seconda, il legalismo, invece alle scelte fondamentali. Entrambe però rappresentano i pilastri su cui Brugi ritiene si debba costruire l’ordinamento giuridico.

(107) *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., p. 64. Il rapporto con la tradizione è metodologicamente condizionato dal riscontro di compatibilità con la contemporaneità; lo ribadisce nel saggio *L’analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 270: “Non vi può essere limite preciso tra dottrina antica (la quale comprende anche la secolare giurisprudenza nostra) e dottrina moderna, se non dove quella sia incompatibile col nostro ordine giuridico”. Su questa linea si vedano anche *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31, *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 168, *L’equità e il diritto positivo*, cit., p. 452.

includibile ⁽¹⁰⁸⁾: in gioco c'è l'assetto profondo della società attuale, l'"odierna costituzione politica" ⁽¹⁰⁹⁾.

Un accoglimento delle istanze giusliberiste appare a Brugi in sostanza una forzatura proprio delle esigenze dell'attualità colte nel loro senso storicistico ⁽¹¹⁰⁾. Egli non è contrario ideologicamente a

⁽¹⁰⁸⁾ Si legga ad esempio *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 427-429, dove parlando dell'antica tradizione giurisprudenziale romana distingue tra "il senso giuridico loro e il nostro senso di legalità"; e proprio per sottolineare la differenza tra quel passato e l'oggi aggiunge: "dico giuridico l'uno, di legalità l'altro deliberatamente".

⁽¹⁰⁹⁾ *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31. L'idea di legalità come aspetto della costituzione politica fondamentale dell'attuale fase storica è sovente ricordata. Così ad esempio in *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., p. 429, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452. È un argomento a cui ricorrono proprio i giuristi italiani che, nel guardare con interesse alle nuove teorie d'oltralpe, tendono anche a cercare qualche appiglio che non li trascini verso orizzonti effettivamente rivoluzionari. Si leggano ad esempio L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit. p. 20, F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 127, F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, III, 1911, p. 508. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 74-75, e dello stesso *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara*, in *Quaderni fiorentini*, 27, 1998, p. 225. L'argomento della 'costituzione politica fondamentale' è anche usato nei primi anni del Novecento in Germania, proprio dai quei giuristi, che per primi e prima delle estremizzazioni della *Freirechtsbewegung* avevano manifestato sensibilità giusliberiste; mettere in discussione l'autorità della legge significa "am festesten und sichersten Fundament unserer ganzes Staats- und Rechtsordnung zu rütteln", avverte O. BÜLOW, *Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, in *Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand*, 10, 1906, p. 775 (ora anche in *Gesetzesbindung und Richterrechtfreiheit: Texte zur Methodendebatte 1900-1914*, a cura di A. Gängel, K. A. Mollnau, Freiburg, Haufe, 1992). Cfr. R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1986, pp. 269-273, R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertewende: Wissenschaftstheoretische Präziserungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, in *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 346, T. HENNE, C. KRETSCHMANN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt*, (1885), in *Ius commune*, 26, 1999, pp. 223-225 e pp. 235-237, H.P. HAFERKAMP, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, a cura di U. Falk, H. Monhaupt, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 34-36.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. *infra* paragrafo 4.3.3 in particolare note 259 e 260. "Da un aspetto pratico (che per noi è il più importante)" spiega in *L'equità nel diritto positivo*, cit., p. 452, "non possiamo rinunciare al nostro usuale significato di diritto positivo". Esso protegge la certezza del diritto e, seppure molte illusioni sull'efficacia dei Codici al

tali orientamenti ma li ritiene troppo estremi e difficilmente spendibili, considerate le esigenze complessive della contemporaneità. Si tratta di “dottrine appena annunciate”; al momento di non “pratica applicazione”⁽¹¹¹⁾. Di pratica applicazione c’è solo il principio della legalità e in questo senso, (ma anche solo in questa misura) è anche irrinunciabile.

Le sensibilità e le percezioni giusliberiste solo in una simile prospettiva possono essere valorizzate. Si tratta, in effetti, di una scelta dichiarata, consapevole, strategica. Brugi decide di non dare seguito incondizionato ai presupposti che pure egli ha individuato; preferisce usarli per recuperare un rinnovato rapporto con la legalità. Si tratta, appunto, di una scelta fondamentale.

3.2. *Lo stato come referente necessario della società in trasformazione.*

La scelta della legalità implica anche un riconoscimento, nei processi di produzione del diritto, di spazio rilevante per lo Stato. L’evoluzione del sistema, agganciata alla legge, lega anche il suo destino e le possibilità di proporsi come fisiologica, se fondata sull’azione dello Stato.

L’antico senso di giustizia, veicolato da consapevolezza giuri-

riguardo sono cadute, l’aspirazione alla certezza “sopravvive forte come prima”. Si veda *infra* paragrafo 4.3.3.

⁽¹¹¹⁾ *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 64-66. La critica qui è rivolta espressamente a G. FALCHI, *Intorno al concetto scientifico di diritto naturale e di equità*, in *Rivista di filosofia e di scienze affini*, V, II, 1903, e a V. MICELI, *Sul principio di equità*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anno del suo insegnamento*, Milano, Hoepli, 1905, vol. II, pp. 81-93.

Lo scetticismo circa la possibilità di affidarsi del tutto alle nuove teorie giusliberiste è riscontrabile anche nel pur deciso saggio *Eguaglianza di diritto e disegualianza di fatto*, cit., p. 55: per evitare del tutto il formalismo “sarebbe necessario rinunciare ad una giurisprudenza serva di norme generali concepite senza lacuna e sostituirvi la libera giurisprudenza del caso. Il che, per ora almeno, sembra un sogno”. Similmente V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale (1908)*, in *Opere minori. Parte prima, Problemi di legislazione*. Modena, Università degli Studi, 1928, p. 43, invita a tenersi lontano da due “esagerazioni”: “il feticismo della legge”, ma (e si riferisce proprio alla *Freirechtsschule*) anche “il feticismo per la dottrina giuridica e per la libertà del giudice, soverchianti, se occorre la legge scritta”.

sprudenziali, è ormai separato dalle sensibilità contemporanee. Nel ventaglio di categorie e istituzioni che appartengono alla costituzione politica fondamentale c'è anche lo Stato ⁽¹¹²⁾.

La constatazione non gli impedisce di considerare transeunte anche tale pilastro del sistema. La osservazione storica dell'esperienza giuridica gli mostra come siano esistiti ordinamenti in cui la tutela del diritto potesse essere svolta da organi diversi ⁽¹¹³⁾.

L'aver concentrato sullo Stato quella funzione è servito ad evitare contese e confusioni tra le varie giurisdizioni ⁽¹¹⁴⁾; la separazione tra Stato e società è infatti un risultato "che si è fatto con la

⁽¹¹²⁾ Cfr. *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 110. "Per tornare con frutto a quell'antico senso giuridico e alla larghezza di potere del magistrato, come v'è qualche tendenza", afferma nelle *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31, "sarebbe necessario rimutare tutto quanto l'organamento dello Stato". Cfr. L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit. p. 20.

⁽¹¹³⁾ *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., p. 1108; qui lo Stato viene descritto come uno dei possibili strumenti di tutela del diritto; tuttavia si constata che proprio la Storia "la vera maestra di logica" ha concentrato nello Stato la funzione giuridica "dopo lunghe contese fra varie giurisdizioni!". Durante lo stesso anno, nel saggio *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, cit., p. 633, spiega come l'aver organizzato le relazioni delle unità sociali nella forma di Stato sia stata opera "artificiosa". Del resto va ricordato che nel 1911 oltre a pubblicare i due saggi sopra menzionati pubblica anche *Realtà sociale e metafisica politica (a proposito di nazionalismo e internazionalismo)*, cit., p. 170, dove la critica al concetto di nazionalismo si fonda proprio sulla negazione di un fondamento metafisico a tale idea. Si veda *supra* nota 68.

Leggendo però *Società e Stato*, in *Rivista italiana di sociologia*, XVIII, 1914, pp. 354-355, ci accorgiamo che in Brugi la presa di coscienza che vi sono "forme particolari e transeunti di Stati", sta sempre insieme al riscontro di una "necessità naturale dello Stato" e alla convinzione che "vi sarà sempre un ente con funzioni di Stato". Seppure sfiori approcci 'metafisici', egli non ragiona tuttavia con categorie assolute; prende le mosse da ciò che esiste attualmente e proprio in base a ciò sembra constatare la "necessità naturale dello Stato": "il fatto deve essere il punto di partenza di ogni nostra osservazione [...] la realtà la quale cada prima sotto gli occhi, è quella di nuclei sociali sotto la forma di Stato o Governi".

In effetti, come ha spiegato P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 151-156, la categoria della 'necessità' in queste dottrine tra Otto e Novecento spesso presuppone l'idea 'naturalistica' di uno Stato "perenne nella sua 'essenza' anche se mutevole nella 'forma'"; il suo carattere 'necessario' serve a negare un suo possibile fondamento contrattualistico e volontaristico e a recuperare il rapporto con la dimensione storica e organica della fattualità.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 308, *Nuove critiche al concetto*

storia” (115). È un’operazione storicamente bene individuabile nella “lotta per le carte costituzionali”; essa ha corrisposto allo scopo di sottrarre il più possibile l’azione dello Stato ad ogni arbitrio (116). Insomma: anche lo Stato, inteso nel senso conosciuto della cultura giuridica ottocentesca, è una categoria che può essere superata dai

giuridico dello Stato e del diritto pubblico, cit., p. 1108, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 13.

(115) “A torto” chiariva già nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 80, “siamo talora propensi a guardare con occhio di disprezzo i vecchi trattati di diritto pubblico o di politica che non avevano ancora un’idea della distinzione fra società e Stato. Non potevano infatti averla, perché quella pure si è fatta a traverso la storia, a traverso grandi rivolgimenti politici e sociali”. Il punto è non considerare queste categorie ordinarie del rapporto tra Stato e società come categorie immutabili: “le idee si svolgono continuamente nell’incessante moto dei fatti sociali” [p. 81].

La percezione dell’attualità della categoria Stato viene rafforzata anche dalla osservazione delle vicende politiche, come nel saggio *Ammonimenti sociali della grande guerra*, cit., pp. 5-6, dove, guardando l’Europa infiammata dal sanguinoso conflitto, Egli può rilevare quanto lontane dalla realtà concreta siano certe categorie come razza, stirpe o internazionalismo sociale, sulla base delle quali alcune teorie sociologiche ‘metafisiche’ intendevano riorganizzare la società. La guerra, osserva Brugi, ha mostrato che i nuclei sociologici di riferimento sono ancora Stato e Nazione. L’internazionalismo sociale è finito. Gli uomini sono ora “ricacciati nella cerchia delle patrie e degli interessi nazionali”.

In realtà — vale la pena seguire Brugi in questa ulteriore relativizzazione storicistica svolta *Ibidem*, pp. 11-12 — se la guerra prova il fatto che tali concetti esprimono ancora delle idealità sociali, tuttavia esistono altre idealità, che sono attualmente perdenti le quali però possono crescere nel tempo; ad esempio “la fratellanza umana”: “è un germe che dovrà fruttare; essa lo custodisce fiduciosa, considerando la guerra come un fratricidio. E pensa che gli stessi interessi discordi dei popoli [...] condurranno a nuclei interstatali, in cui, per reciproche concessioni e transizioni, quegli interessi appariranno meglio soddisfatti che in un regime come il nostro. Gli Stati divenuti nazionali, avranno minore difficoltà di raggrupparsi in confederazioni quale termine intermedio fra lo Stato e l’umanità. Ma la stessa difficoltà di concepire in forma pratica e determinata un avvenire sociale senza guerre, conferma che è illusione considerare una di queste, sia pure l’odierna, come l’ultima”.

(116) *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1108-1110. Nel nuovo orizzonte dello Stato di diritto, aveva sottolineato nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 102-103, il diritto pubblico ha smesso di essere appannaggio della filosofia politica o della “solitaria letteratura dei dotti” ed è diventato una scienza. “L’azione dello Stato oggi si svolge palese dinanzi agli occhi di tutti, ognuno può discuterla e censurarla. In antico dominò l’idea totalmente contraria; si riteneva che lo Stato dovesse agire nell’oscurità e nel mistero”.

tempi, ma oggi conserva tutta la legittimità che gli proviene dalla dimensione storica dell'esperienza.

Lo statalismo di Brugi non è dunque solo una conseguenza necessaria dell'opzione per un sistema impostato sul primato della legge; quella dello Stato è a sua volta una scelta.

La riflessione si muove in due direzioni: da un lato tende a recuperare (storicisticamente) la categoria dello Stato di diritto nelle prospettive in atto ⁽¹¹⁷⁾, dall'altro, per descrivere l'azione dello Stato, indaga strade nuove, in parte affrancate dal solco della legalità.

Seguiamo la prima direzione. Lo Stato, rileva il Nostro, serve ad assecondare quegli orientamenti giurisprudenziali che tentano di recuperare il valore di una giustizia sostanziale, ripensando le proprie categorie sulla base di una filosofia sociale ⁽¹¹⁸⁾. La novità è rappresentata dal legare l'azione e l'intervento dello Stato con l'analisi dell'ambiente in cui si producono i fenomeni giuridici ⁽¹¹⁹⁾.

Operazione doverosa perché, se lo Stato nasce come superamento progressivo delle divisioni in corpi intermedi, portatori cia-

⁽¹¹⁷⁾ È stato già rilevato come il processo di trasformazione di cui parliamo — e al quale Brugi partecipa — non approda al superamento dello 'Stato di diritto', ma conduce allo 'Stato sociale di diritto'. In questo quadro il sistema della legalità e la scienza giuridica orlandianamente intesa non esauriscono in realtà la loro funzione ordinante. Questa crescita 'sociale' dell'attività dello Stato, (lo sviluppo di funzioni servizi pubblici nuovi, di politiche pubbliche volte a raggiungere obiettivi di rinnovamento economico o di solidarietà sociale), viene realizzata in Italia "con il ricorso alla legge, con l'enorme proliferazione della legislazione speciale, l'uso del principio di legalità", come osserva G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 775-776.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 55, *supra* nota 74.

⁽¹¹⁹⁾ Un fondamento dell'autorità statale viene infatti identificato nella stessa genesi del rapporto giuridico. Ormai affrancati dalle dottrine individualistiche, spiega Brugi in *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 78-79, "noi cominciamo dal concepire i fatti giuridici come fatti sociali, che non soltanto si svolgono per loro necessità in un ambiente sociale, ma sentono tutte le influenze dell'ambiente stesso, perché appunto in questo il fatto assume la caratteristica di giuridico". Il rapporto giuridico appare dunque come "un rapporto della vita reale regolato dal diritto". "Per tale scopo è necessario immaginar l'uomo in società, e dentro questa un'autorità incaricata di far rispettare il diritto: questa autorità è lo Stato" [p. 79].

Come si nota lo Stato entra in gioco, come entra in gioco la legge, per garantire il legame stretto tra dimensione fattuale e dimensione giuridica, l'effettivo rapporto tra diritto e realtà.

scuno di interessi particolari, “oggi si riaffermano entro lo Stato i diversi interessi di classe con notevoli fenomeni sociali, i quali hanno il loro contraccolpo nelle istituzioni politiche” (120). Conseguentemente il suo ruolo va rimisurato su una società politica, che è “l’ordinamento degli individui appartenenti a un dato popolo in classi fondate sugli interessi economici, fisici e intellettuali”; allora lo Stato in quanto è “un istituto che tutela il diritto nella società, induce a unità le classi sociali ed è il mezzo con cui si estrinseca l’azione collettiva del popolo” (121). Esso, cioè, non è impermeabile alle evoluzioni nella società, anzi asseconda le tendenze in atto e vi si conforma proprio per continuare a svolgere la sua funzione unificante.

La separazione Stato e società, viene ‘aggiornata’, quindi recu-

(120) *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 308. È più o meno il ragionamento svolto nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 86-90; lo Stato ha determinato un assetto giuridico della società in cui gli individui “sono sciolti l’uno dall’altro, son quasi tanti atomi”; ma oggi si verifica “un incessante raggruppamento di individui in classi, non dovuto alla violenza, ma costituente un qualche cosa di spontaneo”. Cfr. L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, cit., p. 329.

Sotto questo aspetto Brugi si distingue dalla dominante scienza pubblicistica orlandiana, la quale invece si era impegnata a difendere la “grande dicotomia” propria dello Stato liberale tra diritto pubblico e privato, tra Stato e società, tra politica ed economia, in un contesto di mutamenti della società che scuotevano le fondamenta dello Stato ottocentesco. Su questo generale orientamento giuspubblicistico si veda G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 770-771. La relazione Stato-società è un tema centrale nel dibattito giuspubblicistico fra Otto e Novecento e costituisce una combinazione che, alla luce di nuove consapevolezze sociologiche e antropologiche, i giuristi riempiono con significati volta a volta diversi. Sulle articolate valenze semantiche e sistematiche che il nesso Stato-società assume in quei decenni si vedano le fondamentali pagine di P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 65-146.

(121) *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 86-90. Cfr. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, cit., pp. 332-334. Questo richiamo a possibili soggettività collettive, che diventino rilevanti per la vita del diritto civile, sembra dello stesso segno di quello enunciato in quegli anni da V. POLACCO in *La funzione sociale della legislazione civile. Prelezione letta il 22 gennaio 1885 nella Università di Camerino ora in Opere minori. Parte seconda, Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile*, Modena, Università degli Studi, 1928, pp. 35-37, circa la possibilità che lo Stato con suoi interventi legislativi possa “dare impulso e forza all’associazione privata”.

perata nella sua fondatezza ⁽¹²²⁾. Qui lo Stato di diritto è sempre garante; garante di una giustizia sociale ⁽¹²³⁾, ma può esserlo in quanto medi la complessità degli interessi, che si manifestano nello spontaneo e mobile organizzarsi della società in corpi. Lo Stato per questo si fa attivo, supera quella sua originaria caratterizzazione passiva o, per usare le parole di Brugi, “inerte” ⁽¹²⁴⁾, anche se si

⁽¹²²⁾ Si veda ad esempio il ragionamento sviluppato da Brugi in *Società e Stato*, cit., pp. 354-355: egli da un lato ammette che “per lungo tempo [...] parve che la forma unica e perfetta dell’umana convivenza fosse appunto lo Stato”. Successivamente si è determinato un progressivo spostamento dallo Stato alla società fino a cadere “nella esagerazione opposta a quella del così detto panteismo dello Stato”. La società civile necessita di “un mezzo che le assicuri una relativa omogeneità e stabilità”. Le società storicamente “pensate fuori della forma politica dello Stato ci appaiono come frammenti o violente lacerazioni di Stati precedenti, o come moltitudini, che, avendo un sentimento unitario, tendono a comporsi o ricomporsi in Stati”.

⁽¹²³⁾ *Società e Stato*, cit., p. 359. La scelta statalista è un risultato tipico nel positivismo filosofico. Lo ricorda G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 106: per quegli orientamenti filosofico-giuridici “lo Stato divenne la forza posta a servizio non solo di fini individuali e politici, ma soprattutto sociali. Il concetto di società si svolgeva a danno dell’individuo ma a vantaggio dello Stato, il quale era destinato a organizzare la complessa vita sociale, a dare ad essa ordine in vista delle sue proprie finalità”. Alla tradizionale coppia Stato — individuo si aggiunge il *tertium* della Società.

Del resto l’opzione per lo Stato è un tratto presente anche in altri giuristi che presentano un itinerario intellettuale che gira intorno o passa attraverso il socialismo giuridico. Si pensi a Giuseppe Salvioli, nel quale, come ha messo ben in evidenza P. COSTA, *Il ‘solidarismo giuridico’ di Giuseppe Salvioli*, in *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974/75, pp. 493-494, è presente “la percezione di una insostituibile funzione dello Stato nella fase ‘ultima’ dello sviluppo capitalistico e del suo valore ‘generale’, arbitrale e organizzativo” e il ricorso alla categoria di nazione, prima che essere espressione nazionalistica, è “certamente una espressione solidaristica, sta cioè dentro ad un discorso nel quale il conflitto di classe tende a stemperarsi in una ‘superiore’ unità d’interessi”.

⁽¹²⁴⁾ “Per non trascurare tutto questo diritto che quotidianamente si forma”, spiegava già nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 97, “è necessario sottoporre ad una analisi continua la società e lo Stato, senza trascurare le scienze che studiano i compiti di questo”. Questo Stato, aveva già detto *Ibidem*, p. 91, dunque è chiamato ad una maggiore azione che sarebbe erroneo considerare tirannia sull’individuo. Essendo presenti nella società “nuovi e più dettagliati bisogni [...] lo Stato deve estendere la propria azione sempre legalmente e provvedere a tanti obiettivi ai quali in antico non pensava”. L’emersione dell’idea di uno Stato ‘interventista’, spiega P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 367, non avviene per contrapposizione frontale a quello tradizionale della dottrina liberale; la funzione ‘positiva’ dello Stato si aggiunge a quella ‘negativa’; “non si tratta quindi di mutare alla radice l’immagine del ruolo dello

muove in un orizzonte che è sempre legalistico; lo strumento principe di quest'azione è infatti la legge speciale.

L'operazione, agli occhi di Brugi, è doverosa ma anche praticabile, considerato che ora, a disposizione del giurista e del legislatore, c'è un fiorire di scienze sociali. Posto in primo piano dal fondamento legalistico del sistema, lo Stato, a sua volta, è scelto come terreno su cui ricercare nuovi strumenti che favoriscano l'adeguamento del diritto alla realtà, l'accentuazione della funzione sociale del diritto, cioè di un ordinamento giuridico duttile, che sia subordinato al progresso della società e sappia da esso lasciarsi orientare.

In particolare oggetto di queste nuove attenzioni è il settore della pubblica amministrazione; esso infatti sempre più tende a filtrare nel campo tradizionalmente riservato al diritto privato. Gli istituti civilistici vanno ora pensati, osservati e studiati con questo doppio fondamento di diritto positivo: il Codice civile da un lato e il diritto amministrativo, le leggi speciali "non pure a complemento ma a modificazione del Codice" dall'altro ⁽¹²⁵⁾.

Lo Stato appare sempre più capace di prendere proprie iniziative e perseguire propri obiettivi e si affranca progressivamente da quell'autoconfinamento che si dava sorvegliando il perimetro della legalità.

L'apertura è feconda di aggiornamenti della formula dello Stato di diritto — e questo sembra l'obiettivo cercato dal nostro giurista —, ma scopre anche il fianco a ulteriori derive capaci di condurre oltre quella dimensione equilibrata di senso moderno di legalità, della quale abbiamo parlato fin ora.

Qui si apre l'altra direzione in cui si spinge la riflessione di Brugi. Si tratta di una prospettiva svolta a partire dal concetto di

Stato nei riguardi della società, ma solo di arricchirla, di estenderne le potenzialità". Cfr. *supra* nota 117.

⁽¹²⁵⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 7. Al centro di tali processi sta proprio il fondamentale diritto di proprietà. Guardando anche a quanto accade in Francia, egli mostra *Ibidem*, p. 50, come ormai i limiti del diritto di proprietà non si evincano più, solo leggendo il codice. Ci sono ad esempio le leggi speciali per la difesa militare, per l'igiene, leggi sulla conservazione dei monumenti storici, oggetti d'arte; queste "hanno fatto nascere così in Italia come in Francia una concezione giuridica nuova che si indica col nome di proprietà sociale, per indicare una tappa dello svolgimento progressivo del diritto di proprietà in senso sempre meno individuale".

Stato etico; Egli non l'accoglie programmaticamente ma non rinuncia a sondarla.

L'occasione è la lettura del volume di Adolfo Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, pubblicato nel 1911. "I giuristi" egli spiega mentre lo recensisce "non credono più che lo Stato sia un istituto intieramente regolato dal diritto". Per questo oltre alla tradizionale "duplice capacità" disciplinata dal diritto privato e dal diritto pubblico lo Stato può esercitare "un'altra capacità", che deriva, riconosce Brugi, "dai suoi fini etici, da quei compiti sociali che (vogliono o no certi feroci individualisti, rimasti fuori della storia viva dei fatti e del pensiero) fanno dello Stato il più alto organismo morale" (126).

L'eticità che fa da guida all'attività delle istituzioni pubbliche è però a sua volta priva di astrattezze metafisiche, appare calibrata sulla realtà e i suoi bisogni, ed è intesa come capacità di discernimento sociologico (127). Sembra in ultima analisi una concezione

(126) *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., p. 1108. Ed aggiunge: "La politica generale, come scienza, non può nel suo aspetto moderno non abbracciare tutto quanto lo Stato, sia o no possibile lo incatenamento della sua azione entro la rete del diritto". Per altro, precisa *Ibidem*, p. 1110, queste attività tendono a formalizzarsi poi in legge.

(127) Si leggano ad esempio le pagine *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., pp. 7-8, dove, mentre spiega la necessità di una interpretazione evolutiva della legge secondo il fine sociale che l'ha mossa, si parla di Stato e legislatore come "di enti ideali con certe funzioni": queste idealità si svolgono "in armonia coi bisogni nuovi. A tal forza sono soggette anche quelle idealità le quali già servivano di fondamento alle leggi". Anche la coloritura idealistica dei suoi discorsi è un esito della ricerca di un contatto stretto tra diritto e realtà concreta in evoluzione. Del resto Brugi è molto esplicito: "Secondo me, il fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi si trova in talune verità proclamate dalle scienze sociali" (*Ibidem*, p. 5). Cita, *Ibidem* p. 7, A. ALVAREZ *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, LGDJ, 1904, p. 100, per ricordare che la legge non è un imperativo permanente immodificabile se non per un'altra legge; essa costituisce un organismo vivente. Una volta emanata dal pensiero del legislatore, la legge vi si distacca per vivere di un sua vita propria e evolvere con il mondo di cui è parte integrante. Rinviando poi ad Ardigò definisce la legge "formazione mentale o ideale che ha il carattere della impersonalità". Nel pensiero di Ardigò, come ha spiegato G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, vol. III, 1970, pp. 212-213., le "idealità sociali" "sono indubbiamente realtà storiche", che servono ad indicare "le esigenze e le aspirazioni della società" e costituiscono una categoria da inquadrare pienamente nel pensiero filosofico positivisticò. In via generale inoltre non è impossibile che percezioni organicistiche dello Stato convivano con percezioni etiche dello stesso,

veicolata da un registro positivistico (in senso filosofico), che corrisponde più alla dimensione della fattualità, alla piattaforma della storicità, piuttosto che ad un contesto di trascendenti valori 'ideali' da rivelare.

Mentre Brugi ammette che sia da ritenersi impossibile “ridurre a legge tutta l'azione dello Stato” e comunque “il freno all'arbitrio degli stati [...] non può derivare sempre da una norma di legge”, scopre come limite efficace “la completa considerazione obiettiva della realtà sociale, dal calcolo degli interessi in cozzo tra loro, dalla migliore combinazione delle diverse tendenze di individui e di classe” (128). Ciò è possibile per Brugi, avendo a disposizione una concezione sociologica del progresso elaborata scientificamente (129).

L'idea è che l'attività dello Stato, in una società complessa, fatta di interessi a loro volta complessi, esprime una politica delle scelte e su queste fonda la propria iniziativa. Sotto tale aspetto l'intuizione seppure appena suggerita e poco elaborata sembra molto avanzata; costituisce la presa di coscienza che le istituzioni pubbliche siano potenziale veicolo di indirizzi politici (130).

seppure i presupposti siano storico-sociologici nel primo e antropologici nell'altro; cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 169-170.

(128) *Ibidem*, p. 1111.

(129) Nel saggio *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, cit., p. 634, ribadisce come, una concezione sociologica del progresso possa agire “come freno ad ogni eccesso di azione dello Stato” vincolandone l'azione solo alla “rispondenza di ogni intervento dello Stato ai reali bisogni e interessi di ogni società umana, di cui è l'organo unificatore”.

(130) Sono per certi versi sorprendenti le osservazioni fatte da Brugi sull'argomento in *Società e Stato*, cit., p. 358: lo Stato è “forza necessaria di nascita e di rin vigorimento delle idealità sociali [...] dà alle idealità sociali la forma unitaria in cui essa può divenire efficace”. “I partiti politici producono con la loro forza coesiva una prima unificazione delle idealità individuali. [...] Lo Stato può e deve considerare i partiti come legittima forza di unificazione di idealità individuali”. Poi esso si fa “il coordinatore e combinatore dei molteplici aspetti delle identità sociali; forma l'idealità sociale media, che è la sola attuabile in un momento storico”. È lo Stato a rappresentare le unità sociali, ribadisce in *Ammonimenti sociali della grande guerra*, cit., p. 9, mentre al suo interno “occorrono forze coordinatrici ed unificatrici. Un primo lavoro di coordinamento e di unificazione delle idealità individuali è fatto dai partiti, ai quali si deve così ascrivere un valore sociologico per lo più trascurato [...] sociologicamente uno Stato senza partiti è un istituto tirannico che impone concetti propri [...]. Il potere politico ha il compito di esprimere l'idealità sociale media, di cui i partiti hanno già

È una proiezione in avanti notevole per un uomo schiettamente convinto (¹³¹) che la vera camera di compensazione della molteplicità di interessi presenti nella società debba essere la scienza giuridica.

L'apertura all'orizzonte di uno Stato oltre la legge, portatrice di numerose implicazioni anche sul piano sistematico, tuttavia non sembra a Brugi potersi accogliere in quella fase storica. Non a caso rifiuta l'idea, circolante in alcuni ambienti scientifici e ripresa nel saggio di Ravà, di mettere in discussione il carattere tecnicistico della scienza del diritto pubblico (¹³²). Nel non escludere la prospettiva dello Stato etico, Egli ritiene che non siano ancora storicamente

offerto medie preparatrici [...] Il potere politico o governo dello Stato ha il difficile compito di trarre da tutte queste opinioni medie o medie di partito una media generale, che diciamo volontà del popolo o volontà sociale”.

Questi temi, pur non essendo al centro dei ragionamenti di Brugi, emergono quando però egli si trova a dover conciliare il dato della rilevanza di corpi intermedi, per interessi non più solo individuali, con quello dello Stato, come luogo di promozione e cura di questi interessi. Cfr. *supra* nota 92.

(¹³¹) Cfr. *supra* paragrafi 2.3.1 e 2.4.2. Bisogna ricordare che il recupero in termini non contraddittori del rapporto Stato-Società e la connessa elaborazione di una concezione sociale dello Stato è proprio un'operazione culturale portata avanti dai c.d. socialisti della cattedra. Ce lo ricordava già G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 204. Cfr. P. COSTA, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvio*, cit., p. 494. Ciò mostra quanto, in giuristi come Brugi, al di là delle intuizioni sul ruolo del partito politico, fosse percepita come fondamentale e decisiva l'azione scientifica nella visione dei problemi e del loro superamento.

(¹³²) Lo chiarisce bene Brugi nel saggio *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., pp. 1104-1106. Ravà, ci spiega Brugi, contesta il concetto giuridico di Stato e il connesso tecnicismo del diritto pubblico. Afferma che la natura dello Stato è etica e non anzitutto giuridica. La nozione di Stato di diritto che è nozione giuridica designa la forma dell'attività statale ma il contenuto non può essere compreso del tutto dalla nozione giuridica di Stato. Per questo sembra impossibile a Ravà la completa giuridificazione dell'attività dello Stato. Contemporaneamente, — qui sta il livello in cui Brugi è disposto a 'difendere' quelle tesi —, Ravà non rifiuta in blocco “la lotta per la scienza del diritto pubblico” che si combatte “col programma di una concezione più rigorosamente giuridica”. Egli riconosce, continua Brugi, che è “una lotta per la serietà di quella scienza” e, in questo senso, dichiara di “aderirvi toto corde”. “Soltanto vorrebbe che la considerazione giuridica dello Stato e delle sue funzioni, trasse profitto dalla coscienza che essa non può assolutamente esaurire la nozione”. Chi svolge una considerazione giuridica dello Stato deve essere nella condizione di poter intendere e pensare “il valore etico dello Stato” che “si manifesta in tutte le sue funzioni e le determina”.

giunti i tempi per mettere da parte la caratterizzazione dello Stato come lo Stato di diritto ⁽¹³³⁾. Per questo il profilo dello Stato etico non sembra appartenere agli orizzonti che Brugi intende conseguire ma solo agli scenari, che, ritiene, si possano delineare ⁽¹³⁴⁾.

3.3. *Legge e Stato come strumenti.*

Torniamo al percorso della nostra indagine: si è fatto cenno a questa proiezione ‘etica’ del pensiero brugiano solo per sottolineare ulteriormente come lo sguardo rivolto allo Stato sia frutto di una scelta che è solo in parte interdipendente con quella della legge. Ciò

⁽¹³³⁾ Va poi rilevato che, negli scritti precedenti agli anni Venti, in quella fase ancora non immersa nell’orizzonte politico fascista, l’idea di Stato etico non ha necessariamente implicazioni totalitarie. C’è nei nostri giuristi (seppure non sviluppata adeguatamente) anche l’intuizione che se lo Stato si libera dal diritto, anche il diritto può liberarsi dello Stato e tornare nella gestione di corpi intermedi. Brugi nel saggio recensione *Nuove critiche al concetto giuridico dello Stato e del diritto pubblico*, cit., p. 1108, non ha difficoltà ad ammettere “che si potrebbero pur concepire organi di tutela del diritto diversi dallo Stato”; e così anche si orientava lo stesso A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, cit., pp. 79-80: essendo lo Stato un prodotto storico, “l’affidamento del diritto allo Stato non rappresenta che un momento, sia pure il più perfetto, dell’evoluzione giuridica”. Inoltre non è di per sé “un massimo di perfezione non superabile. Forse la natura del diritto tutta spiegata porta a togliere allo Stato questa sua funzione, per darla ad altri organismi, o fors’anche per restituirla in forma rinnovata e perfezionata a quei singoli a cui è stata tolta”.

⁽¹³⁴⁾ Le implicazioni totalitarie, bisogna però ricordarlo, arriveranno presto e non saranno contrastate. Lo sottolinea L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, cit., p. 328; favoriscono questa curvatura soprattutto la presenza, nella sua riflessione, di “motivi diversi, tra loro difficilmente compatibili”, e le “incertezze teoriche destinate più avanti ad esplodere e a determinare ulteriori ambiguità. Conversioni, aggiustamenti, anche all’evidenza opportunistici”. Labruna coglie in Brugi il tentativo di “giustificare così insieme gli orientamenti del passato, gli aggiustamenti successivi e soprattutto le conversioni del presente, giungendo anche a travisare o a banalizzare gli uni e le altre per motivare, in chiave di continuità, novità radicali”. L’approdo è quello di legittimare lo Stato ormai già totalitario come “grande educatore”. Siamo, continua *Ibidem*, p. 345, al “ribaltamento completo del rapporto tra società e Stato quale si era venuto progressivamente a delineare nel XIX secolo”. Nel Brugi che rinuncia a tutto ciò “dare una qualche apparenza di scientificità all’esaltazione propagandistica del regime fascista (di questo, non di altro, si trattava) è funzione che il Nostro continua ad assolvere con enfasi impudica”. Ciò suggella, osserva conclusivamente, “in modo non esaltante, per certi versi, anzi, tristemente squallido [...] un itinerario di pensiero in altri settori (e in altri tempi) degno e fecondo” [p. 342].

conferma ulteriormente il carattere non assoluto che Brugi riconosce alle categorie strutturali volute e il fatto che i fondamenti stanno altrove, nelle premesse di queste scelte, in ciò che si è indicato come il contesto delle percezioni fondanti.

Ciò non vuol dire affatto che tali opzioni non siano decisive per la comprensione dell'idea di ordinamento giuridico proposta dal nostro Autore. Non dimentichiamo infatti che le scelte per la Legge e per lo Stato vengono compiute da Brugi proprio per una individuazione delle strutture e dei meccanismi sistematici adeguati al momento attuale, in cui Egli vive la sua esperienza di giurista.

Il risultato di queste due opzioni e dei modi con cui vengono sviluppate è che Legge e Stato risultano ridotte, da categorie intangibili del diritto, a strumenti fondamentali per gestire il mutamento. Ciò nasconde, dietro l'atteggiamento della moderazione, il coraggio intellettuale di tentare un'operazione molto complessa.

Il sistema della legalità, perfezionatosi nella formula dello Stato di diritto ottocentesco, infatti non era, in realtà, solo il risultato di una scelta tecnica; era a sua volta il portato di un contesto di valori e di un bilanciamento di assetti da cui dipendeva l'effettività della funzione garantista, per la quale le nuove categorie giuridiche erano state pensate ⁽¹³⁵⁾.

La scelta per la moderazione tesa a mantenere, nel tempo della trasformazione, quegli strumenti nella loro dimensione tecnica (ma sciolti dalla loro matrice ideologica originaria), si affidava alla scommessa che una funzione di garanzia potesse continuare ad esprimersi, anche mentre cambiavano contesto di valori e bilanciamento di assetti, operanti al fondo della coesione sociale.

Proprio un siffatto, disincantato e spregiudicato rapporto con le due categorie intimamente legate alla 'costituzione politica fondamentale', per usare una terminologia familiare al nostro Autore, appare a sua volta un profilo caratterizzante, nel suo complesso, i significativi percorsi della scienza giuridica, in quello scorcio di decenni incuneato tra crisi degli equilibri liberali e i fallimenti delle torsioni totalitarie.

⁽¹³⁵⁾ F. WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 308, ha dimostrato come "il formalismo giuridico del XIX secolo rappresentava il programma di una disciplina scientifica particolare scaturita essa stessa da precisi presupposti etici".

In realtà la liberazione del sistema dalla sovranità della legge comprendeva diversi possibili esiti; per evitare le parabole totalitarie, la relativizzazione della legge doveva accompagnarsi ad un depotenziamento della sovranità statale. Invece è accaduto che lo Stato si è guadagnato una pericolosa progressiva nuova legittimazione ⁽¹³⁶⁾.

I giuristi delle generazioni a cavallo tra i due secoli, non sapranno fronteggiare il problema, anzi troveranno nel sincretismo fascista un luogo di realizzazione di alcuni loro progetti scientifici da lungo tempo perseguiti ⁽¹³⁷⁾. Non scorgeranno il pericolo insito in quella miscela contraddittoria di motivi e orientamenti; vi coglieranno prevalentemente il tratto della ‘modernità’. Ragione non necessaria, ma sufficiente per aderire al Regime ‘tenendo gli occhi al cielo’.

Qualcosa di più strutturale e più complesso veniva però maturando in quei decenni. Se l’approccio scientifico ottocentesco del tecnicismo consiste proprio nel proteggere il diritto dalla politica, la

⁽¹³⁶⁾ Il discorso sarebbe più complesso e solo in parte possiamo svolgerlo in questa sede. Si può però ricordare che punto di forza della torsione totalitaria in Italia — oltre che la caratterizzazione etica dell’azione dello Stato —, sia stato proprio la difesa della cornice legalistica. La legalità di quegli anni fungeva infatti da copertura di pratiche di dominio non più di tipo liberale ottocentesco. F. WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, p. 306, ha già ben spiegato come la contaminazione del sistema della legalità con i fini etici ha avuto la conseguenza di produrre una degenerazione del positivismo legislativo “con i suoi aspetti scientifici ed il legame ideale con lo Stato di diritto”, “in un irresponsabile positivismo strumentale al servizio del potere”. “Una cultura giuridica conquistata attraverso i secoli era destinata ad essere trascinata e travolta non appena nello Stato della Legge si manifestasse apertamente l’aspettativa, tacitamente presupposta ma non garantita, che la “volontà generale” rappresentata dal Legislativo sia sempre una volontà giusta”. “I presupposti morali del positivismo legislativo furono pertanto già sconvolti ogni qualvolta gli interessi di gruppi potenti, di grandi partiti o di coalizioni partitiche riuscirono a produrre un diritto particolare valido per i loro aderenti, a cui poi il giudice, proprio per i principi dello Stato di Legge era necessariamente vincolato” [p. 165].

⁽¹³⁷⁾ Il fascismo, ha osservato M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., pp. 823-824, è “cosciente della continuità culturale con il passato”, è “consapevole del fatto di non disporre di risorse culturali sue”. Non ha il tempo “per instaurare una autentica egemonia culturale”. Quindi non rifonda la scienza ma indirizza i contenuti della legislazione verso obiettivi che erano congeniali al proprio progetto egemonico. Per questo il fascismo non rappresenta una discontinuità sul piano degli itinerari scientifici. “Il mondo nel quale quei giuristi si riconoscevano rimase simile a quello di sempre”, la loro legittimazione culturale non era messa in discussione.

rivoluzione culturale partita con gli anni Ottanta dell'Ottocento consiste nella maturazione di una opposta consapevolezza, cioè che il giurista è chiamato a leggere nella realtà e a sistemare giuridicamente i necessari rapporti determinatisi o in via di determinazione tra politica e diritto.

È una consapevolezza che persisterà a lungo ⁽¹³⁸⁾ e la vedremo, dopo gli sfaceli delle dittature e della guerra, accompagnare la rinascita delle società europee, dove troverà sintesi la relazione tra politica e diritto ricavata in un contesto di garanzie democratiche. In questo orizzonte, che va ben oltre lo squallore totalitario fascista, vanno considerati i richiami alla storicità del diritto, al rapporto tra diritto e realtà, alla fattualità del diritto, la messa in campo di concetti come il bilanciamento di interessi deducibili nella norma positiva, il riconoscimento di funzioni sociali dello Stato, in generale le aperture alle scienze sociali e politiche, la messa in discussione del monopolio dei giuristi (formalisti) nella enucleazione delle categorie generali del diritto pubblico e della parte generale del diritto privato e tante altre intuizioni, che, anche dietro alla scelta disincantata di legge e Stato, alimentarono la creatività inquieta della scienza giuridica a partire dagli anni '80 del secolo XIX.

4. *Il sistema della legalità e il diritto latente.*

Il sistema della legalità pensato da Brugi appare in effetti diverso da quello messo a punto dalla tradizione ottocentesca: deve seguire le trasformazioni svolgendosi su di una dimensione formale e positiva della giuridicità, ma essendo rivolto alla fattualità.

Esso si regge su categorie giustapposte, la cui conciliazione viene ottenuta con il ricorso al concetto di 'diritto latente' o anche di

⁽¹³⁸⁾ In effetti, come spiega P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana*, cit., p. 139, dietro alla ingombrante presenza del fascismo c'è una scienza giuridica che viene da altrove; è portatrice di orientamenti che spesso solo incidentalmente hanno a che fare con il fascismo. Oltre alla compromissione di alcuni giuristi con il fascismo, oltre alla impassibilità di altri di fronte all'autoritarismo crescente, occorre cogliere in quegli anni "tutta la complessità del paesaggio osservato". "C'è un filo che nasce prima, che percorre intatto il ventennio, che addirittura lo supera consegnando germi e lieviti alla nuova democrazia parlamentare".

‘diritto in formazione’⁽¹³⁹⁾, sul presupposto che non vi sia una necessaria equivalenza tra diritto e legge.

Il nodo della questione consiste nello stabilire in che termini e attraverso quali strumenti il diritto nello stato di latenza rilevi rispetto al diritto valido o anche come il sistema della legalità possa comunicare con tale dimensione del diritto in formazione, che non gli appartiene né controlla ma che rappresenta anche la misura del suo necessario adeguamento.

Al fine di considerare più da vicino tale costruzione teorica analizzeremo tre profili tematici. Il primo riguarderà più da vicino l’idea di codice che resta nel contesto ridefinito della legalità; vorremmo capire quali suoi aspetti vengono relativizzati, in che misura esso si pone come strumento valido per l’attualità.

Il secondo profilo consisterà nel chiarire come il diritto positivo si lasci permeare dal diritto latente; qui prenderemo in considerazione l’emersione della leva delle leggi speciali nel quadro della discussione sulle riforme da fare.

Il terzo profilo sarà dedicato al livello della applicazione del diritto legale, che, nel quadro delle categorie sistematiche ridefinito da Brugi, assume importanza strategica quanto alle possibilità di alimentare la circuitazione tra il diritto formalmente valido e quello effettivamente utile e necessario.

4.1. *L’idea di codice.*

Il codice civile è una presenza ingombrante per tutto il dibattito

⁽¹³⁹⁾ Lo spiega programmaticamente in *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 93-96: “coloro che definiscono il diritto” si limitano in genere a descriverlo come “una facoltà o pretesa riconosciuta dalla legge” [p. 93]. Il giurista però “deve tener conto anche del diritto latente, cioè che non fu riprodotto completamente dalla legge e vi sta come in potenza o che è in formazione”. Non bisogna considerare “una legge l’arca santa che non si può toccare. Mentre noi riconosciamo tutta l’importanza del diritto formulato già in legge [...] non dobbiamo chiudere l’orecchio a quelle aspirazioni della coscienza popolare che si rivelano in mille modi”; “una legge infatti può aver detto meno di quanto doveva: il pensiero esservi quasi ellitticamente espresso” [p. 95]. Insomma: il giurista non può trascurare di verificare “che quello che noi vediamo oggi tradotto in legge non si era da principio manifestato e svolto in modo diverso” [p. 96].

civilistico dell'età contemporanea. Brugi vi si rapporta con un atteggiamento disincantato, aperto, ma al contempo moderato. I tratti che lo hanno condotto alla scelta della legalità e dello Stato lo guidano anche nel precisare lo spazio da assegnare al codice.

La valutazione che ne viene data è nel complesso positiva; soprattutto osservando il codice nel contesto che lo ha prodotto ⁽¹⁴⁰⁾. Esso appare come una doverosa risposta alla "struttura medesima dell'antico Stato con le sue classi privilegiate e i suoi tribunali speciali". Allora, fu cosa giusta "diffidare di giudici armati di soverchi poteri e propensi non di rado a favorire certe classi sociali a danno di altre" ⁽¹⁴¹⁾. E la pretesa dei codici "di assumere la funzione stessa delle norme logiche del diritto", la convinzione di una "fantastica e onnisciente figura del legislatore, che avrebbe dovuto parlare una volta per sempre", derivano da quelle condizioni storiche ⁽¹⁴²⁾. Sotto l'aspetto dei suoi contenuti, inoltre, il codice civile, pur essendo figlio del *Code Napoléon*, è fondato sulla romanistica, e quindi non è in contrasto con la nostra più antica tradizione ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ "Quando si guarda spassionatamente la grande opera legislativa [si riferisce al *code civil*] nel suo tempo, i pregi superano i difetti"; così si esprime in *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 49.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 161. Conferma questa linea nelle *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. XI. Riguardo al codice Napoleone e alla sua rapida diffusione in Europa ritiene che "non dobbiamo dolerci di questo cammino trionfale"; esso recepiva nuove idee di libertà ed eguaglianza, era sorto in una fase di "tregua fra i tumulti della Rivoluzione e le folli pretese dei così detti principi legittimi". Cfr. *supra* nota 102.

⁽¹⁴²⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 161.

⁽¹⁴³⁾ Lo si vede nel diritto di proprietà. Cfr. *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 56-57. Il riscontro di fondamenta romanistiche nella codificazione napoleonica è funzionale alla sottolineatura di una non estraneità del codice civile alla esperienza storica italiana. Il tema del diritto romano come fonte della codificazione ottocentesca è ripreso in più occasioni con toni e accenti diversi; non consiste in una idea di semplice travaso di contenuti dalle compilazioni giustiniane ai codici moderni; essa si sposta dal rilievo di continuità tra gli istituti giuridici a quello relativo alla funzione attiva del giurista romanista nell'indirizzare l'opera della codificazione; cfr. *La guerra al diritto romano*, cit., p. 454, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. IX, *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 10, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, cit., p. 15, *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 183. Ne coglie l'ambivalenza di approcci e l'ambiguità del risultato complessivo P. GROSSI, "La scienza del diritto privato", cit., pp. 178-179.

In effetti, ricorda G. CAZZETTA, *Civilistica e "assolutismo giuridico" nell'Italia*

Dunque, proprio per le sue origini e per i suoi contenuti, il codice civile è portatore di un “alto valore storico e patriottico” che non va dimenticato e, sotto l’aspetto tecnico, è un prodotto di tutto rispetto ⁽¹⁴⁴⁾. È anche grazie all’ “illusione del Codice” presa dai francesi e alla fretta lodevole con cui in Italia è stata tradotta in scelte dopo l’Unità, che si è potuta realizzare una unificazione legislativa con la quale si è consolidato il nuovo Stato ⁽¹⁴⁵⁾.

Sotto questa luce, spiega Brugi, le lacune del codice — quelle che oggi appaiono come sue lacune — più che difetti originari, evidenziano sopravvenuti limiti storici degli assetti giuridici da esso previsti ⁽¹⁴⁶⁾. Il riscontro della sua inadeguatezza appare come un

post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881), in De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1995, pp. 402-404, il tema del codice come recezione della tradizione ‘nazionale’, cioè del codice “manifestazione insopprimibile della identità giuridica italiana” [p. 402], ha costituito “un’ulteriore base alla sua legittimazione” [pp. 403-404].

⁽¹⁴⁴⁾ *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. XII. Per Brugi resta ancora l’esigenza di formare i giovani, futuri giuristi, sul codice anche se oggi ne constatiamo i difetti. Cfr. *supra* nota 103. Riguardo poi al livello tecnico del *code civil*, *Ibidem*, p. 11, contesta l’opinione del Savigny circa il dilettantismo con cui venne compilato.

⁽¹⁴⁵⁾ *Giurisprudenza e codici*, cit., pp. 4-9. L’interesse primario che negli anni dell’unificazione era consolidare lo Stato e liberarlo dall’invasore [p. 25]. “La compagine politica della nuova Italia aveva bisogno di essere gelosamente custodita” [p. 26].

Questa valutazione verrà in parte rivista nel 1927 nel saggio *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 12, dove l’unità del diritto non viene descritta come un valore in quanto tale, anzi se ne mettono in evidenza le approssimazioni e forzature. “Noi tutti vagheggiammo un’unità del Diritto, la quale ci facesse raffigurare, dall’aspetto giuridico, l’unità nazionale”. Sull’onda di questo entusiasmo, egli dice, abbiamo trascurato di “discutere se e in quale misura all’unità della nazione (o se vogliamo dire, dello Stato) dovesse corrispondere un’unità del Diritto”. Ciò è dipeso dalla “grande illusione del codice, come più volte io dissi, che non è facile né piacevole ammettere, perché dobbiamo liberarci da idee con cui siamo nati e cresciuti”, idee, prosegue “credute parte essenziale della civiltà contemporanea e del risorgimento nazionale”.

⁽¹⁴⁶⁾ Il codice è insufficiente, constata in *Della enfiteusi*, cit., p. 142, ma questo non deve sorprendere perché il codice “viene fuori com’è il Diritto vigente in quel momento storico in cui è promulgato”. Lo aveva già affermato in *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 25; è questo il caso della materia del lavoro; deriva da un “risorgimento economico che volere o no, tenne dietro al risorgimento politico”, le istanze di riforma (mosse, sottolinea, da “una ben intesa uguaglianza giuridica”) sono fondate e necessarie, ma precisa, esse “hanno preso vigore fra noi ai giorni che corrono”, mentre ciò non poteva accadere tra il 1859 e il 1865, tempo in cui fondamento di quella società erano capitale e proprietà. “Quando su questi argomenti, tuttora molto discussi, si formeranno

dato fisiologico, che non determina una sua messa al bando, piuttosto pone l'esigenza di una costruttiva mobilitazione per un suo adeguamento ⁽¹⁴⁷⁾.

Tale impostazione segna al contempo un punto di continuità e una presa di distanza con quell'esperienza. Ciò gli consente di ragionare con libertà sui limiti e le lacune dell'esperienza del codice senza dover assumere i toni della critica senza appello.

Brugi individua anzitutto un primo importante livello di relativizzazione. Il codice è espressione felice di un passaggio ancor'oggi rilevante dell'esperienza giuridica; è doveroso ricercarne l'attualità: ciò sarà possibile solo considerandolo oggetto di interpretazione storico — evolutiva, oggetto cioè di un metodo ermeneutico, che consenta una conservazione della legge nel tempo, attraverso un suo uso sempre mutevole e adeguato alle variazioni dei tempi storici ⁽¹⁴⁸⁾.

delle *opiniones communes* e lo Stato avrà acquistato la forza di dar loro solenne sanzione [...] i codici le accoglieranno naturalmente". Insomma "non chiediamo ai padri e agli avi più di quanto essi potevano darci", esorta in *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 9.

⁽¹⁴⁷⁾ Lo studioso del diritto storico, ricorda nelle sue *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, cit., p. 14, "sa che le formole di legge e di scienza son buone sino a quando convengono ai fatti; può quindi assistere con animo tranquillo alla ruina d'un codice. Ma è assurdo pensare che sorgano nuove leggi senza legame alcuno con quelle che oggi governano la società civile".

È questa la linea espressa nella *Prefazione* che il Nostro scrive a *L'interpretazione della legge*, di F. DEgni, cit., p. V: da un lato c'è la sottolineatura dell'utilità storica del codice: "basterebbe il ricorso dell'incertezza del diritto di altri tempi, delle ponderose memorie forensi di allora [...] per farci subito persuasi dell'utilità di aver le dottrine giuridiche ridotte a brevi massime di articoli di codici!"; dall'altro lato c'è la presa di distanza proprio da quelle idee appena lodate: "il torto fu di esagerare il valore dei codici, di crederli tesori di verità assolute [...] e di crearci dal nulla un sovrumano legislatore, che avendo parlato una volta si deve ammettere abbia parlato *per omnia saecula saeculorum*".

⁽¹⁴⁸⁾ Il giurista a cui guarda è, non a caso, Raymond Saleilles. Cfr. *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 51-52 e p. 166. Saleilles sarà citato di nuovo da Brugi in *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 3, quando nel constatare l'"illusione che i codici nostri avessero dato forma definitiva almeno al diritto civile", osserva che è legge storica costante che l'interpretazione rinnovi quotidianamente il codice. Simili i rilievi formulati in *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 157, *supra* nota 20. È proprio la presa d'atto di tale necessaria inadeguatezza che conduce alla ricerca di una nuova ermeneutica. Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 429.

L'apertura è più eversiva di quanto non voglia lasciar intendere. Pensati come prodotti della storia, i codici appaiono in definitiva come "simili a quei massimari di diritto comune", con la sola differenza che questi derivano dal potere sovrano e quindi "contengono regole obbligatorie per tutti".

Essi sono pertanto incompleti: "si completeranno evidentemente con quella materia già pronta nella dottrina e nella giurisprudenza, che restò fuori dai codici", vale a dire con le "tacite premesse storiche" del codice ⁽¹⁴⁹⁾. Lo sguardo ricostruttivo del passato, l'idea di scrivere una storia letteraria del diritto romano, sotto questo aspetto, mostra tutta la sua utilità per i problemi attuali ⁽¹⁵⁰⁾; ma non solo.

L'immersione del codice nella dimensione storicistica lo rimette in contatto vitale con la realtà, che sta a fondamento di ogni formulazione di diritto. I codici in tal modo finiscono per mostrare "tutta la loro relatività" e "tutta la loro astrazione rimpetto alla

⁽¹⁴⁹⁾ *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., pp. 264-265. Le figure di riferimento di Brugi per questo discorsi sono il Ferrara, che scrive *Potere del legislatore e funzione del giudice*, e il Chironi che scrive *Istituzioni di diritto civile*. Sulla necessaria incompletezza del codice si veda anche *Della proprietà*, cit., vol. I, 166. Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 429.

⁽¹⁵⁰⁾ "I codici sono per noi, diciamolo francamente, la legge incompleta rispetto all'ordine giuridico completo, quale, per la cerchia del diritto civile, ci appare sempre, o quasi sempre, nei volumi degli antichi", afferma in *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno* in *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, *Nuovi saggi*, cit., p. 180; dello stesso tenore sono le osservazioni presenti in *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., pp. 270-272, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, cit., p. 116. Questo rivolgersi alla dimensione storica dell'esperienza è d'ausilio proprio alla conservazione del codice per l'attualità: "Noi non vogliamo, per quest'aspirazione al meglio, dispregiare quel codice che i nostri padri ci dettero, auspice il Pisanelli", spiega in *Per la tradizione italiana della nostra giurisprudenza civile*, cit., p. 214, "né dal codice vogliamo staccare il giurista per avviarlo sull'insidioso sentiero del diritto libero [...]. Agli antichi noi chiediamo sussidi d'interpretazione del codice finché tale rimanga". Cfr. A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, cit., p. 283. L'impiego della prospettiva storicistica entro l'orizzonte del sistema a diritto codificato implica un indebolimento del riferimento 'codicistico' sul terreno ermeneutico; cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 392.

mutabilità e alla varietà, mal riducibile ad unità logica, dei fatti sociali” (151).

Insomma il codice diventa un elemento, per quanto principale, di un più ampio processo di metabolizzazione del diritto, che si avvale delle sue premesse storiche da un lato e delle nuove domande della fattualità dall’altro; la completezza dell’ordinamento, sotto questo aspetto, non coincide con la legislazione positiva (152).

L’altra decisiva relativizzazione viene ottenuta da Brugi sganciando il concetto della legge da quello di codice. La legge può anche essere speciale; anzi lo deve essere proprio per affiancare il codice nella vita giuridica attuale permettendogli di non restare compromesso dalle proprie inadeguatezze (153). All’interno di tale contaminazione, che si concepisce come fisiologica e necessaria, si colloca e trova soddisfazione anche il problema dello scarto tra uguaglianza formale e sostanziale. Il codice, come Brugi mette più volte in risalto, tende infatti a favorire il prodursi di forme di uguaglianza astratta, che possono essere controproducenti se lasciate operare senza correttivi (154).

(151) *Il diritto nella concezione sociologica del progresso*, cit., p. 631-632. Cfr. *Della proprietà*, cit., vol. I, 166. “Un codice”, spiega anche nelle pagine delle *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. XI, “non è che il frutto delle tendenze di un’età”; contiene difetti che derivano dal rinnovamento della società “dal sorgere, per conseguenza, di nuovi bisogni”. Sono tesi riprese da A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, V, 1923, p. 214 (che è un lungo saggio-recensione scritto proprio a proposito della pubblicazione dei *Nuovi saggi* di Brugi, *Per la storia della giurisprudenza* del 1921).

(152) Si tratta di un punto di vista che resiste nel tempo. Lo vedremo nella sostanza ribadito anche quando scrive *Principi generali del diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico*, XC, 1923, pp. 164-165. Cfr. *infra* paragrafo 4.3.2.

(153) Afferma ancora in *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 149: “la grande illusione che il Codice potesse definire in modo preciso tutte quante le relazioni giuridiche è caduta. Noi siamo di nuovo in un periodo di molteplicità di leggi generali e speciali”. Non gli sembra un difetto. “Non il puro caso o il puro arbitrio nostro ci ha condotto a ciò; ma la necessità stessa delle condizioni economiche e sociali”. È la linea che scelgono anche altri giuristi sensibili ai venti di riforma ma non concordi con la prospettiva radicale di un nuovo “codice di diritto privato sociale”. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 23-25 e pp. 44-45.

(154) Cfr. *Eguaglianza di diritto e disuguaglianza di fatto*, cit., pp. 50-54, *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 309, *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 9, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., pp. 13-15. Si veda più ampiamente *infra* paragrafo 4.2.1.

Il risultato è quello di confermare l'utilità del codice ma al prezzo di ridurne la portata sistematica complessiva: la sua centralità apparirà svuotata, da un lato dalla prospettiva della legislazione speciale e logorata, dall'altro, dall'interpretazione storico evolutiva di giuristi e giudici. Il panorama normativo infatti si è complicato ⁽¹⁵⁵⁾: continua a strutturarsi intorno al codice ma assegnandogli una funzione meno decisiva, essendo necessaria la lettura del giurista per trarre il senso sistematico che altrimenti non appare.

La difesa del primato della legge, nel senso brugianamente inteso, sacrifica sostanzialmente la valenza fondamentale dell'idea di codice ⁽¹⁵⁶⁾. La virtuosa circuitazione tra diritto legale e diritto latente finisce per metterlo tra parentesi concentrandosi su ciò che gli ruota intorno.

4.2. *Il diritto legale rispetto al diritto latente.*

Brugi, a questo punto, può confrontarsi con maggiore disinvoltura con il "diritto in formazione". Il risultato che ottiene è infatti proprio quello di articolare la relazione tra legge e codice; la prima scelta come binario irrinunciabile, la seconda relativizzata come una delle possibili forme di espressione del diritto legale. In ciò individua una linea concretamente difendibile per la conservazione dell'ordine giuridico come ordine legale.

La domanda di diritto proveniente dal basso poteva essere soddisfatta non più solo con la leva della giurisprudenza giudicante, che di per sé costituiva un'incognita difficilmente governabile e comunque proiettava verso una trasformazione accelerata proprio delle categorie fondamentali del diritto; tale domanda di diritto appariva poter essere principalmente incontrata con lo strumento della legge speciale. Nuovi contenuti, sintonizzati con la realtà

⁽¹⁵⁵⁾ "Oggi i codici" sottolinea in *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 23, "sono come punti di concentrazione della nostra legislazione, attorno ai quali si addensa, in logico assetto soltanto agli occhi dello scienziato, una pleiade di leggi speciali".

⁽¹⁵⁶⁾ Lo stesso Brugi sembra non nascondere questa consapevolezza: la percezione di una inadeguatezza del codice (fenomeno che, ricorda, riguarda tutta l'Europa), ha portato "al momento storico delle leggi speciali, che diciamo chiaro e tondo, sono altrettanti colpi di piccone nella rocca dei codici", afferma nella *Prefazione a L'interpretazione del diritto*, di F. DEGNI, cit., p. VI.

potevano essere lasciati emergere senza sconvolgere l'ordine del sistema in atto.

La ricerca del diritto nuovo veniva dunque praticata con un confronto tra diritto legale e diritto latente, che si svolgeva su due livelli. Il primo, sistematico, consisteva nella precisazione del ruolo fisiologico e del peso specifico della legge esterna al codice; il secondo, contenutistico, riguardava nel merito le discipline degli istituti giuridici esistenti e la individuazione dei nuovi a fronte dell'evoluzione sociale.

Non necessariamente il segno di originalità che è riscontrabile nel livello sistematico del ragionamento, corrisponde ad equivalenti posizioni rispetto la specifica caratterizzazione della disciplina giuridica del singolo istituto.

Certamente il rapporto tra i due livelli andrebbe considerato proprio allo scopo di verificare quanto, in concreto, la portata innovativa delle teorie sul sistema, avesse ricadute sull'assimilazione di nuovi schemi giuridici o, viceversa, quanto servisse ad arginare le spinte per la riforma del diritto. Per accertare questo eventuale scarto andrebbero tuttavia svolti studi particolari, capaci di contestualizzare meglio le posizioni assunte dal Brugi nell'ambito degli specifici dibattiti che su ciascuna questione si sono attivati. È verosimile inoltre che le valenze complessive delle opzioni possano variare da istituto a istituto.

Nella nostra prospettiva ci soffermeremo dunque solo sul livello del primo tipo, sul dato — che ha comunque valenza autonoma rispetto a tali verifiche — della originale percezione della legalità riconoscibile nel complesso pensiero del nostro giurista.

4.2.1. *La riflessione sulla legge speciale.*

Il nuovo strumento su cui Brugi punta è, dicevamo, la legge speciale. Nella dottrina tradizionale tale categoria appare come destinata ad assolvere un ruolo residuale, comunque non sistematico e Brugi se ne lamenta ⁽¹⁵⁷⁾. A suo avviso la legge speciale è da considerarsi come ulteriore meccanismo dell'edificazione del diritto

⁽¹⁵⁷⁾ *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 165. In particolare sottolinea come se ne faccia uso in materia penale “dove non ne è dimostrata la necessità, mentre si

valido, come categoria di riferimento complementare al codice ma altrettanto fisiologica per la costruzione dell'ordinamento giuridico inteso come sistema della legalità.

La legge speciale ha il compito di "riparare all'invecchiamento" del codice ed è una risposta "al vero stato delle cose" ⁽¹⁵⁸⁾.

Essa serve anzitutto a dotare il sistema giuridico di una capacità di giustizia sostanziale, consentendogli di apprezzare le esistenti diseguaglianze ⁽¹⁵⁹⁾; le leggi speciali infatti "rompono la comoda uniformità delle leggi generali" ⁽¹⁶⁰⁾ e dunque servono a correggere proprio quelle "eguaglianze astratte", che ogni codice tende a produrre.

temono nel civile dove ne urge il bisogno, oppure si approvano fra ostacoli e con riserve di riparare presto ad un peccato contro la logica".

⁽¹⁵⁸⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. VII. È un convincimento ricorrente; "le leggi speciali" ribadisce nelle *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 32, "sono l'unico modo che ci resta per seguire lo svolgimento del diritto". La società, spiegava già nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 172, è in continua evoluzione "come mare mosso dal vento"; con essa lo è anche la legge.

⁽¹⁵⁹⁾ Si legga quanto afferma in *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 42: abbiamo "acquistato la benefica persuasione che non di rado è opportuno sostituire all'astratta eguaglianza di un'unica legge certe diversità di leggi speciali, per trattare diversamente, a scopo di giustizia, quantità diseguali". Ciò induce "il sentimento di una equivalenza sociale di tutti, che è come un nuovo aspetto della eguaglianza giuridica" [p. 27]. La tesi verrà ribadita venti anni dopo nell'articolo *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 15: "le leggi speciali [...] non sono che il tentativo di sfuggire alla tirannide delle astratte eguaglianze per dare il giusto valore a diversità di fatto che niuno potrà mai sopprimere". Il legislatore nel ricorrere alle leggi speciali, ricorda in *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., p. 67, si ispira al principio di equità. In effetti, come ricorda. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 307, le nuove tendenze dottrinali nel passaggio di secolo, derivano da una "modificata concezione del rapporto tra ordinamento giuridico e realtà sociale ed una conversione al principio della responsabilità etico-sociale dell'ordine giuridico positivo".

⁽¹⁶⁰⁾ *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 49. Non a caso proprio questo è il principale problema, ricorda Brugi, avvertito da coloro che ancora credono nella "illusione delle regole assolute, dei principi generali, del modello unico per ogni relazione della vita sociale", e non si accorgono "della fatuità delle eguaglianze sociali astratte". È un problema, prosegue Brugi, che non riguarda solo i giuristi ma anche alcuni sociologi mossi dal desiderio di costruire grandi tipi uniformi di società; è un problema che riguarda anche gli stessi socialisti nei cui congressi si fa l'apoteosi dell'uguaglianza sociale astratta. "A me sembra" conclude il nostro Autore "che la giurisprudenza e la sociologia dovrebbero [...] affermare in modo esplicito che, se siamo costretti ad ammettere in teoria e in pratica certe astratte eguaglianze, esse sono appunto eguaglianze astratte discordanti non di rado dalla realtà".

Prevedendo norme che pongono eccezioni alle regole generali, in sostanza si può assecondare il “bisogno di riportare nella legislazione le diversità indimenticabili della sostanza sociale” (161). Gli esempi sono molteplici: vanno dalla patria potestà, al contratto, alla proprietà, all’enfiteusi (162).

Tale intervento è ulteriormente legittimato dalla constatazione che il codice, a sua volta, è stato concepito sulla base di particolari esigenze storiche; esse imponevano di stendere sulle “diseguaglianze della vita reale una rete di eguaglianze astratte in cui sono forzate le più grandi antitesi” (163). La codificazione, ogni codificazione, sembra dirci il nostro Autore, per quanto fondata su esigenze attuali, è destinata ad essere superata dalla evoluzione della società; ciò varrebbe anche per l’eventuale sostituzione dell’attuale codice con un codice di diritto privato sociale (164).

Lo strumento della legislazione speciale insomma, per quanto

(161) *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 54. Un medesimo ragionamento viene svolto in *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 309. Cfr. G. FURGIUELE, *La “Rivista di diritto Civile”*, cit., p. 551. È un punto di vista condiviso da V. POLACCO, in *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 51, che, citando proprio il saggio di Brugi sull’eguaglianza, afferma: “ben vengano le leggi speciali a modificare [...] questa o quella parte del Codice. E lo scazzino pure, tenendo conto delle diseguaglianze di fatto, per via di eccezioni alla legge comune, se così vogliono le condizioni peculiari delle varie classi sociali, realtà viva e palpitante più di tutti i sistemi pensati o pensabili dagli esteti del Diritto”. Si veda dello stesso *La funzione sociale della legislazione civile*, cit., p. 31. Nel nuovo orizzonte del diritto pensato per una società organica e solidale, spiega B. GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, cit., pp. 16-18, il principio del “diritto-eguaglianza” deve essere sostituito da quello del “diritto-proporzione”; “non sarà più la uniformità, ma la specialità che dovrà appunto proporzionarsi alle svariate condizioni dei cittadini”. Infatti se la società è un organismo, ne consegue che il diritto deve poi disciplinare le azioni degli individui “in modo che queste riescano tutte intonate e dirette a uno scopo supremo: il benessere dell’organismo”. In particolare il diritto non svolge più una funzione di semplice tutela ma “di integrazione e di perfezionamento delle forze dei singoli” [p. 10]. Diventa un “diritto-integrazione” invece che un “diritto-indifferenza” [p. 18].

(162) *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 42.

(163) *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, cit., p. 54. Cfr. *Prefazione a L’interpretazione della legge*, di F. DEGNI, cit., p. V. L’esigenza prioritaria e in quel tempo irrinunciabile per l’Italia, spiega in *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 9, era consolidare l’unità nazionale. Cfr. *supra* paragrafo 4.1.

(164) *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 172, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, cit., p. 116.

destinato ad essere nel tempo assorbito in codificazioni sempre nuove, affianca comunque permanentemente la sfera del diritto codificato.

La sua utilità non si risolve nel solo fatto di fungere da strumento che risponde in tempi relativamente rapidi alle esigenze di riforma. La legge speciale permette di realizzare le necessarie modificazioni anche e soprattutto quando lo stato della evoluzione dei rapporti non ha ancora determinato completamente un nuovo assetto di regole, che possa sostituirsi in tutto a quello preesistente e previsto nel codice ⁽¹⁶⁵⁾. È dunque uno strumento adatto proprio per affrontare le fasi di trasformazione, come quella attualmente percepita da Brugi, in cui convivono bisogni vecchi e nuovi interessi, afferenti a distinti settori della società ⁽¹⁶⁶⁾.

La legge speciale, infatti, interpretando le nuove esigenze e affiancandosi senza demolirla del tutto, alla vecchia disciplina codicistica, consente alla scienza giuridica di operare quelle manovre di aggiornamento nella elaborazione della interpretazione, che altri-

⁽¹⁶⁵⁾ *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., pp. 190-203. Va sottolineato che non si tratta di discorsi astratti e generici. Brugi guarda alla viva realtà del momento: nell'attuale fase, spiega in particolare alle pp. 190-193, non sono ancora ben chiari i caratteri della nuova legislazione civilistica rispetto alla questione sociale, inoltre inizia a delinearsi la prospettiva di fusione del diritto commerciale con quello civile.

Nelle pagine del saggio *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., p. 67, definisce le leggi speciali "il miglior modo di tener dietro ai bisogni del diritto e (aggiungerò ora la formola filosofica) alle voci dell'equità, nell'odierna difficoltà di rinnovare celermente le leggi generali". Questa è, del resto, secondo Brugi, l'ipotesi evolutiva più ricorrente. In *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 166, spiega come alla prospettiva di "una riforma generale delle leggi", si debba preferire "un sobrio, ma vigile rimedio di leggi speciali e anche specialissime": un generale rinnovamento è possibile solo in tempo di rivoluzione, quando pure si mette "non di rado in bando anche un po' di buono".

⁽¹⁶⁶⁾ Si legga *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 167, dove si spiega come "le questioni d'indole sociale sembrano dapprima ristrette agli interessi di una classe: un piano completo di riforme non pure è impedito, ma frainteso dai più". Cfr. V. POLACCO, *La funzione sociale della legislazione civile*, cit., p. 31, C. CAVAGNARI, *Nuovi orizzonti del diritto civile*, cit., pp. 448-449. In effetti la questione codice-leggi speciali è un punto centrale della discussione scientifica per la riforma del sistema di diritto civile degli anni '80-'90 e la parte di giuristi moderatamente aperta alla riforma si allinea proprio sulla proposta di aggiornare il codice con la legge speciale. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 23-25, 44-45, G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto Civile"*, cit., pp. 551-552, G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 770-771.

menti gli risulterebbero impedita dai limiti della legge codificata ⁽¹⁶⁷⁾. La proliferazione della legislazione speciale favorisce proprio quel processo di chiarimento progressivo sul piano scientifico e quindi di enucleazione di materiali che faranno da base per una riforma più completa ⁽¹⁶⁸⁾.

Il fondamento sistematico della legislazione speciale appare in questo senso consistere nella complementarità, non solo rispetto ai 'limiti' intrinseci delle forma codice, ma anche rispetto al dato del diritto latente stesso.

Essa infatti consente all'ordinamento di accogliere nuovi principi ordinatori — fondati su effettivi e legittimi interessi diffusi nella società che esprimono "aspirazioni della coscienza nazionale" ⁽¹⁶⁹⁾ — i quali, pur essendo rilevanti per la vita sociale, non riescono a emergere attraverso il filtro della consuetudine. Quest'ultima potrebbe certo rappresentare, come ha rappresentato in passato, un canale di legittimazione del diritto in formazione dal basso. Tuttavia la maggiore complessità della realtà attuale non favorisce una tale dinamica. Si pensi, esemplifica Brugi, alla "orbita dei rapporti fra capitalisti ed operai"; si pensi ai temi della ricerca di paternità, del divorzio, della patria potestà, o a quelli legati al diritto internazionale come il fenomeno delle convenzioni tra Stati ⁽¹⁷⁰⁾. La legge speciale li fa emergere, anche se in maniera non armonizzata con il diritto preesistente; attraverso l'elaborazione scientifica si determina poi l'acquisizione di un nuovo assetto al contempo equilibrato sul piano sistematico e aggiornato con la realtà dei fatti sul piano sostanziale.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. VIII-IX, *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 36, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 27. Si veda *supra* paragrafo 2.4.2 e *infra* 4.3.1.

⁽¹⁶⁸⁾ *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., pp. 194-203. La scienza giuridica in sostanza fattasi interprete della coscienza popolare grazie alle frammentarie leggi speciali può poi predisporre una nuova sintesi in un nuovo codice. Cfr. G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica e origini della scienza giuslavoristica*, in *Quaderni fiorentini*, 17, 1988, pp. 188-190. Si veda al riguardo G. MARINO, *Biagio Brugi e il "metodo storico"*, cit., pp. 311-312, il quale però rileva che il cresciuto ambito della legge speciale finirà per sostituirsi all'opera del giurista interprete nella tutela delle diseguglianze di fatto.

⁽¹⁶⁹⁾ *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 96-97.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem*. Nel paragrafo 3.1, nota 103, abbiamo visto che Brugi si oppone esplicitamente all'ipotesi recupero della consuetudine come fonte del diritto.

Tale meccanismo di adeguamento legislativo trova, secondo Brugi, anche una legittimazione storica dalla stessa tradizione più autentica della nostra esperienza giuridica; non sarebbe che la riproduzione legislativa del virtuoso rapporto di implementazione tra *ius commune* e *iura propria*. Anche nello *ius commune*, sottolinea, confluirono una quantità di legislazioni speciali e di diritti particolari: “il codice civile fu la consacrazione legislativa di un *ius commune* che le leggi speciali, nuovo *ius particolare*, già rompono in più punti” (171).

La considerazione della legge speciale è per Brugi un punto decisivo per sviluppare la sua linea difensiva del sistema della legalità nell’adeguamento del diritto alla trasformazione (172).

(171) *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 17. Rinvia al suo volume del 1921 *Per la storia della giurisprudenza, Nuovi saggi*. Ancora una volta in Brugi, la storia letteraria del diritto romano, vissuta come la storia di una esperienza giuridica, si conferma in tutta la sua strumentalità alla decifrazione e alla definizione delle dinamiche evolutive dell’attuale momento storico.

(172) Si tratta di una convinzione persistente. Essa permane ancora negli scritti degli anni Venti. In materia di diritto del lavoro, ad esempio, Brugi continua a collocarsi nella prospettiva che lo fa scaturire dal rapporto codice-legge speciale, mentre altre voci della scienza giuridica si spingevano già verso una completa costruzione della disciplina giuslavoristica autonoma dal diritto civile. Cfr. G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, to. I, pp. 567-568. Si veda ad esempio l’articolo di Brugi *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., sollecitato dalla rivista *Il diritto del lavoro* sulla scia della nuova legge sindacale e sui contratti collettivi del 3 aprile 1926. Qui ribadisce la tesi del rapporto tra codice civile e legge speciale. Ciò mostra ulteriormente come l’approccio del nostro Autore al fascismo consista prevalentemente nel vedere nella fase storica in atto il realizzarsi di proposte che da molti anni aveva sostenuto. Lo spiega egli stesso *Ibidem*, p. 16: “Lo Stato liberale si disinteressò per anni ed anni della questione”, delle condizioni di diseguaglianza alla base dell’esercizio del libero consenso contrattuale; in tal modo la questione sociale “rimase per così dire fuori dal diritto e fu invece il vessillo di competizioni politiche sotto l’incubo della tragica lotta di classe. [...] È merito del fascismo di essersi rivolto allo studio delle questioni del lavoro con spregiudicata considerazione dei reali e legittimi interessi di ambedue le parti contraenti [...] Il diritto del lavoro non è una legge di privilegio, ma una constatazione della realtà, la quale suggerisce al legislatore speciali norme e fa restituire al contraente più debole l’eguaglianza politica ed economica di cui era privo. Diventa giuridica una questione politica”. Cfr. *supra* note 137 e 138.

4.2.2. *L'aggiornamento del diritto legale come aspetto stabile della quotidianità giuridica.*

Forte della sua originale impostazione Brugi è in grado di muoversi tra i riformisti senza doverne accogliere tutte le estreme posizioni. Il tema dell'aggiornamento è infatti il presupposto causale del legiferare per leggi speciali. Tutta la rivalutazione di queste ultime, metodologicamente parlando, si regge sull'idea che ci siano delle riforme da fare, che il diritto è esposto permanentemente all'erosione del tempo e alla necessità di aggiornamenti.

L'aggrapparsi alla legalità non è dunque un modo per sottrarsi al dibattito sulla innovazione, piuttosto è il modo per parteciparvi⁽¹⁷³⁾. Il tema 'riforma' è affrontato al fine di chiarirne le valenze come momento della vita del sistema in atto, oltre che di valutare caratteri e profili dei nuovi istituti nascenti. Soffermiamoci sul primo dei due aspetti.

L'idea di impegno per la riforma del diritto è esito di una impostazione metodologica; anzitutto per i caratteri della scienza romanistica a cui Brugi fa riferimento, che è la nuova romanistica, quella che lui vuole difendere nell'ambito del dibattito tra i giuristi ansiosi di innovazione. Si tratta, spiega, di rivivere lo spirito dell'insegnamento di Filippo Serafini, che recupera il senso degli studi storici, per realizzare un superamento delle insufficienze del diritto codificato attuale e alla cui base sta la convinzione che sia necessario avere "per fatti nuovi nuove norme, sia pur legate alle antiche"⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷³⁾ "Non mi sento a disagio in questo convegno di dotti e più o meno battaglieri civilisti anelanti al progresso e al miglioramento delle patrie leggi", afferma con la sua consueta franchezza Brugi nel saggio del '93 *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 86, scritto nelle pagine di *La scienza del diritto privato*.

⁽¹⁷⁴⁾ *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., pp. 87-88. Brugi parla dell'insegnamento di Serafini, ricordandone la portata innovativa. Questi, spiega, con lo studio del diritto romano voleva "attingere liberamente alle fonti un buon criterio giuridico e uno spirito di libero esame per discutere le dottrine tradizionalmente ricevute e con uggiosa monotonia ripetute", e contemporaneamente intendeva "preparare una solida riforma delle teorie del diritto civile, spesso inesattamente e imperfettamente formulate nel Codice napoleonico". Nella nuova dimensione della civilistica Brugi trova dei nuclei nei quali c'è bisogno del diritto romano per completare il quadro. In particolare poi l'utilizzo del diritto romano non sta tanto nel cercare nel *Corpus iuris* la regola di tutto ciò che nasce, quanto nei principi generali che in esso sono custoditi.

La legislazione speciale sa dare evidenza e riconoscimento a queste novità presenti nella società ⁽¹⁷⁵⁾ e, per questo, viene vista come momento di integrazione dei saperi riscoperti dal giurista conoscitore del portato evolutivo dell'esperienza giuridica ⁽¹⁷⁶⁾.

Così ad esempio in materia di proprietà: il giurista che guarda ai percorsi dell'esperienza può mostrare come non esista una idea assoluta della proprietà; tuttavia la definizione dipende "da un ordine giuridico positivo che lo modella in un modo piuttosto che in un altro". Questo diritto "non può avere se non la figura che gli consente un ordinamento giuridico di cui è parte e da cui riceve tutela". È possibile risolvere il contrasto tra diritto di proprietà come signoria astratta e limitazioni socialmente necessarie ⁽¹⁷⁷⁾ solo adot-

"Piuttosto è vero che i principi giuridici romani son così generali e così mirabilmente elastici [...] che si presentano alle più svariate applicazioni. Ponete che una di questa sia una invenzione moderna e niente di strano vi sarà che torni utile ricorrere anche per essa a qualche principio romano". Diverso è invece il tendere alla "erudizione minuta" o ai "raffazzonamenti barocchi" di certa romanistica attuale, da cui prendeva le distanze. Lo ricorderà anche nel saggio *La Giurisprudenza, in L'Europa nel secolo XIX*, Pubblicazione diretta dal prof. Donato Donati e dal prof. Filippo Carli, III, Padova, Cedam, 1932, pp. 626-663. Il legame di Brugi con Serafini è ricordato anche da A. COLETTI, *Biagio Brugi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 14, 1972, p. 491, S. TORRE, *Biagio Brugi*, in *Juristen. Ein biographischen Lexikon*, a cura di M. Stolleis, München, Beck, 1995, p. 102.

⁽¹⁷⁵⁾ Ad esempio in materia di contratto di lavoro le misure che tendono a comprimere la libertà negoziale dei contraenti non appaiono come "una legge di privilegio, ma una constatazione della realtà"; così si esprime in *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 16. Si veda anche *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 97.

⁽¹⁷⁶⁾ "Ogni nuovo istituto si addentella all'antico" spiega in *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 90. La legislazione sociale offre "nuovi rapporti giuridici: ma il tipo del rapporto giuridico resterà come balzò fuori dalla intima dialettica dei giureconsulti classici" [p. 89].

⁽¹⁷⁷⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 77-78 e p. 103. Il giurista, spiegava *Ibidem*, p. 6, deve essere ben cosciente che la discussione sul diritto di proprietà "non è una discussione astratta; ma rampolla dalle reali condizioni economiche e sociali che si rinnovano rapidamente". Al contempo però se trascura di interpretare anzitutto il diritto positivo "cessa di essere utile". In effetti, lavorando sul diritto positivo inteso non solo come diritto codificato, i margini per l'innovazione sono ampi. Le nuove norme speciali consistono soprattutto in "limitazioni legali del dominio", ma prese nel loro insieme hanno "un significato superiore a quello che mostrano considerandole isolatamente" [p. 7]. La stessa formulazione dell'art. 544 del *Code civil*, ad avviso di Brugi, *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 50-52, autorizzava la costruzione di una nozione di proprietà delimitabile

tando il criterio che fa dipendere il concetto di proprietà dal diritto positivo dato. La “proprietà sociale” che egli è disponibile ad accogliere è una proprietà scorta dal giurista nel diritto latente ma governata dalla legge.

La riforma come aspetto persistente della quotidianità giuridica è confermata, oltre che dal principale pilastro legislativo e dal canale dello studio del diritto in prospettiva storica, anche dal versante delle nuove dottrine. Esse elaborando inediti istituti, si fanno interpreti di “fatti giuridici nuovi” che, precisa Brugi, “noi non ci sognammo davvero di costringere e deformare nella cornice roma-

attraverso la legge speciale; lo ha ricordato S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target, (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 286-287, in partic. nota 28.

La prospettiva prescelta da Brugi è quella di mettere in discussione l'idea tradizionale di proprietà in senso strettamente individualistico: “Di questi godimenti o poteri concepiti astrattamente illimitati [...] non è più il caso di parlare. Si celava in tali concezioni più o meno apertamente l'idea che tutto quanto il fondamento del diritto fosse l'individuo e che la società civile, concepita principalmente come Stato, non fosse che una costrizione e quasi uno scadimento dell'illimitata libertà naturale” [p. 78]. “Nel concetto di diritto ha tanto valore l'individuo quanto la società civile [...] Il diritto di proprietà è una relazione che ha per immediato oggetto una cosa; ma si svolge mediatamente tra individui” [pp. 78-79]. Poi parla di vincoli posti dallo Stato, come ad esempio nel campo delle opere d'arte e aggiunge: “se realmente ciò distrugga a poco a poco il concetto di proprietà privata è difficile a dire: noi crediamo di avere tuttora una proprietà cui non disconvenga il carattere di diritto assoluto entro i limiti consentiti dal nostro ordine giuridico” [p. 103]. L'approccio di Brugi si fonda, in effetti, sulla consapevolezza della relatività dei modelli organizzativi dei rapporti tra uomo e cosa. È la consapevolezza “dei diversi modi in cui le diverse età concepirono il contenuto del dominio e le distinzioni stesse di questo” [p. 78]. Tutto ciò però alla fine trova uno sbocco e una dinamica nell'uso della legge.

In effetti la posizione di Brugi sulla proprietà è stata inquadrata da A. DI MAJO, *Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974/75, pp. 409-410, come tendente a recuperare la nozione unitaria della proprietà, attraverso la caratterizzazione del rapporto codice e leggi speciali in termini di complementarità e le ponderate implicazioni giurisprudenziali conseguenti; ciò avrebbe permesso di relativizzare l'interesse individuale nel contesto di quello generale, senza compromettere la validità dello schema astratto e unitario della proprietà, evitando al contempo il suo “sfaldarsi in una serie aperta di proprietà”. Per una ricostruzione del dibattito post-unitario sull'argomento si veda P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, 5/6, 1976/77, to. I, pp. 201-338, in particolare per la fase che interessa anche Brugi, pp. 287-338.

nistica” (178). Egli ritiene doveroso per il romanista rinnovato accettare “volentieri il frutto della sapienza odierna che completerà le lacune ormai apparse nell’antica” (179).

Il processo necessariamente lento (ma anche permanente) di riforma, che da questo dialogo a più voci verrà messo in atto, tenderà a soddisfare proprio le richieste dei nuovi civilisti, finendo per avvicinarsi “più che possibile, a quel modello di codice di diritto privato sociale già vagheggiato da tanti anni fra noi” (180).

(178) *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 183.

(179) *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 90. Rivolgendosi ai civilisti innovatori aggiunge: “e se ci dimostrate lacune e corrispondenti rimedi, noi non possiamo guardar con dispregio la vostra ardita iniziativa, sapendo che a quella di dotti di altri tempi si debbono molte delle odierne dottrine” [p. 92]. L’argomento è ribadito nel saggio *La guerra al diritto romano*, cit., p. 456, pubblicato l’anno seguente: “Noi dobbiamo essere invece [ha appena speso tre pagine per criticare le involuzioni pandettistiche della romanistica contemporanea] dei veri cooperatori dei civilisti, senza dimenticare qui pure la divisione del lavoro; altrimenti, nella maggior parte dei casi, si rischia di essere superficiali come romanisti, o come civilisti”. In ciò sbagliano fatalmente coloro che dimenticano il portato storico di ogni innovazione giuridica: “Purtroppo è avvenuto che la folla accorrente al miraggio del così detto codice privato sociale, ha dimenticato che vi sono nel codice civile alcune parti, strettamente giuridiche, da rifare o completare ragionevolmente col diritto romano”.

(180) *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 38. Cfr. *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 203. Non va dimenticato in questa cooperazione tra scienziati per la preparazione della riforma complessiva, anche il ruolo più volte ricordato delle scienze sociali. La sua conclusione in merito alle riforme da fare è che “si debba pensare dapprima a quelle riforme del diritto civile che hanno un immediato rapporto con gl’interessi sociali. Queste sono le aspirazioni del tempo nostro e si debbono secondare [...] E perciò gli studi dovrebbero essere affidati a giuristi e a cultori delle scienze politico-sociali che lavorassero all’unisono” [p. 207].

Riguardo al tema del nuovo codice di diritto privato sociale si era già pronunciato con toni simili già nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 117-118. Non contestava la fondatezza di tali “aspirazioni generose, ma tuttora indeterminate” ad un codice i cui istituti siano fondati su nuove basi, in cui vi sia una diversa disciplina della patria podestà, della podestà maritale, delle persone giuridiche, della proprietà, della successione ereditaria; aspirazioni ad un codice in cui trovino soluzione i “più ardenti problemi, come quello dei rapporti fra capitalisti e operai, del salario, degli scioperi, del credito nelle sue varie forme”. Brugi è dell’opinione che in tali proposte siano presenti germi di un nuovo diritto in formazione; tuttavia ritiene una svolta di questo tipo ancora prematura. Bisogna a suo avviso verificare meglio in che misura il codice civile sia discordante “dalle vedute della coscienza popolare”, e lasciare alla sociologia tempo per maturare meglio i nuovi indirizzi metodologici, prima di consen-

Il rinnovamento, in sostanza, può anche essere rivoluzionario, ma non deve essere forzato e repentino ⁽¹⁸¹⁾. Esso possiede i caratteri della moderazione, non tanto rispetto all'incisività della innovazione, quanto riguardo al metodo con cui viene svolto, metodo che prevede passaggi lenti condivisi tra vari livelli in cui si svolge e alimenta la Vita del diritto.

Come si vede il perno del processo di innovazione è fissato nell'esperienza giuridica, nello sguardo alla storicità del diritto, nella misura in cui essa sappia dialogare con le nuove emersioni sia dal versante legislativo che teorico dottrinale. Certo consente di assumere, concretamente parlando, anche atteggiamenti di resistenza alla innovazione e di protezione dell'esistente ⁽¹⁸²⁾. Ma ciò appartiene al merito delle valutazioni rispetto alle questioni specifiche. Dal punto di vista — che qui ci interessa considerare — delle percezioni di fondo del rapporto tra diritto valido e diritto latente, è chiara la piena legittimazione che Brugi dà al dibattito sul rinnovamento, considerandolo un aspetto necessario e strutturale del diritto effettivo.

4.3. *L'applicazione del diritto legale.*

Impostare la questione del diritto in formazione sui binari della legge speciale, significava non poterla esaurire al livello della produzione legislativa. Proprio quel sistema della legalità poneva l'esi-

tire di esercitare “una così possente influenza fuori della sua cerchia immediata”. Cfr. *supra* nota 28.

⁽¹⁸¹⁾ L'approccio è molto ricorrente; si vedano ad esempio *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 118, *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 192, *Logica di leggi e logica di scienza*, p. 166, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. X e 26, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, cit., p. 14, *Della proprietà*, cit., vol. I, p. VIII.

⁽¹⁸²⁾ Ci sono posizioni assunte da Brugi rispetto ai singoli temi in discussione che non appaiono di segno innovativo. Un esempio è il tema dello sciopero, considerato nella *Prefazione* che scrive al volumetto di A. RAGGHIANI, *Gli uomini rossi all'arrembaggio dello Stato*, cit., p. 3, “uno strappo all'ordine sociale. È un mezzo che aberra dal suo fine; procura dolori e privazioni a chi è estraneo ai contrasti fra capitale e lavoro; contraddice al canone che la giustizia sociale deve essere amministrata da autorità di Stato o da arbitri eletti dai contendenti”.

genza di usare i livelli inferiori della catena di produzione del diritto, per essere completo e operativo.

Si tratta in realtà di livelli decisivi in cui la scelta fondamentale della legge può trovare i necessari temperamenti e svuotamenti in modo da recuperare elasticità applicativa e aggiornabilità nei propri contenuti e quindi proporsi come realmente spendibile nella Vita del diritto.

Se, dunque, per regolare il rapporto tra diritto e realtà Brugi preferisce rifugiarsi nel porto riparato e sicuro del confronto tra diritto legale e diritto latente, questo non vuol dire che il suo discorso non si muova anche nei problematici spazi del giusliberismo più autentico. Anzi vi si può orientare con meno ansie, perché il fatto di aver posto alla base del ragionamento giuridico la scelta per la legalità determina una sdrammatizzazione del tema, altrimenti esplosivo, del 'fattore giurisprudenziale' del diritto. Infatti il problema che egli considera, pur potendo attingere alle intuizioni del giusliberismo europeo, resta sempre una questione di applicazione del diritto legale al diritto latente.

In una tale cornice rassicurante Brugi indaga le due prospettive decisive: il ruolo del giudice, l'eterointegrazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Il risultato finale sarà quello di trovare un baricentro condiviso tra i tre ambiti che, sollecitati dal diritto latente, sono chiamati a assicurare un momento costruttivo nella edificazione del sistema: la legge, la scienza, la giurisprudenza giudicante ⁽¹⁸³⁾.

L'originalità del pensiero di Brugi, osservato alle frontiere del giusliberismo, sta nel tentativo (e nella pretesa) di realizzare un sincretismo capace di favorire la riduzione del complicato processo di trasformazione, da un orizzonte problematico con un potenziale ancora tutto da verificare, in un virtuoso e controllabile percorso evolutivo.

⁽¹⁸³⁾ Questo orientamento programmatico è ben individuabile nella prefazione al volume *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. VII-VIII. La determinazione del baricentro comune, come abbiamo più volte rilevato, è però in realtà affidata alla scienza giuridica. Si veda *supra* il paragrafo 2.4 e *infra* il paragrafo 4.3.

4.3.1. *Il giurista e l'interpretazione del diritto.*

Tra le difficili secche a cui si approdava con la scelta del legalismo il giurista, attraverso la sua azione compensatrice dello scarto tra diritto e realtà, appariva perno risolutivo per realizzare le manovre necessarie ⁽¹⁸⁴⁾.

La legge offre spesso il fianco alla necessità di essere completata con l'interpretazione. Brugi lo ricorda ancora nel 1923 quando pure il suo atteggiamento legalista tende ad accentuarsi: dove la legge offra concetti non definiti e non completamente definibili “per i quali attingiamo criterii che son fuori dalla legge stessa sebbene siam convinti che non li escluda”, interviene l'interpretazione. “È un'interpretazione logica, — prosegue — perché il legislatore deve avere avuto l'intenzione che l'uomo di legge definisse via via i concetti non definiti e li applicasse conformemente a ciò che si crede giusto” ⁽¹⁸⁵⁾. Certo il discorso qui ha la veste della piena ortodossia, visto che l'azione di completamento è concepita tutta come (e accolta in quanto) voluta e autorizzata dalla legge stessa. Tuttavia non sembra in questo Brugi essersi spento il tentativo di concepire processi ermeneutici capaci di dare un apporto specifico alla evoluzione del diritto.

Lo si rileva anzitutto nel fatto che l'interpretazione del diritto protagonista del sistema della legalità brugianamente inteso non è considerata nel senso ricavato dalla pandettistica, in base al quale il giurista guadagna il controllo del sistema legale, facendo un uso formalistico dei suoi saperi giurisprudenziali.

L'interpretazione del diritto serve a Brugi proprio per dare spazio a quelle dinamiche di produzione — che racchiudono anche il senso ultimo della sua percezione della fenomenologia giuridica —

⁽¹⁸⁴⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 166, “Abbiamo esagerato nel credere che una sola voce parlasse nelle aule dei tribunali: quella del legislatore. Noi continuiamo a credere che il diritto nostro è totalmente codificato; ma, anche senza pensare al cumulo di leggi speciali, non di rado in opposizione alla legge generale, non potevamo certamente sopprimere quella continua interpretazione che per legge storica, accompagna e sempre accompagnerà ogni testo di legge”.

⁽¹⁸⁵⁾ *Principi generali del diritto e il diritto naturale*, cit., p. 166. Gli esempi di concetti bisognosi di definizione metapositiva indicati da Brugi sono: concetto di colpa, buona fede, obbligazione naturale. Come si può notare sono concetti che riguardano questioni chiave nel dibattito sulla trasformazione del diritto civile di quegli anni.

di un diritto espressione degli attuali equilibri interni alla società. Infatti interpretazione è attività anzitutto rivolta alla realtà vivente del diritto ⁽¹⁸⁶⁾. Il giurista impiega l'interpretazione per esprimere un pensiero pratico e mai metafisico ⁽¹⁸⁷⁾.

Certo non si perde di vista l'aspirazione al sistema ⁽¹⁸⁸⁾, essendo obiettivo della attività di scienza il realizzare un'opera costruttiva con la quale non solo il diritto positivo, bensì tutto ciò che ha a che fare con il giuridico (legge, giurisprudenza, prassi, bisogni sociali, ecc.), venga ricomposto in unità organica ⁽¹⁸⁹⁾. Interpretazione del

⁽¹⁸⁶⁾ Come spiega nelle *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 39-40, è l'interpretazione dottrinale che, seppure "non può surrogare quella del legislatore", ha il compito di "criticare le leggi che sono in vigore e di preparare la materia delle leggi future", di creare "nuove utilità nelle cose"; di "dar più precisa figura giuridica a tanti rapporti della vita o sfuggiti all'analisi degli antichi o novellamente sorti o divenuti più importanti". Cfr. *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 169, *supra* nota 88. Simile è la spiegazione che troviamo in F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 147: l'interpretazione dottrinale non può avere carattere di fonte giuridica, essa deve valere però come "alta autorità morale, nelle successive applicazioni delle leggi, specialmente quando deriva da giureconsulti eminenti, o quando rivela, nel consenso unanime degli interpreti, una convenzione giuridica comune sul contenuto delle leggi".

⁽¹⁸⁷⁾ Lo ricorda in *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., ai suoi colleghi civilisti che non vogliono più subire il primato costruttivistico del diritto romano attuale: "Noi diciamo ai civilisti: se ci aiutate a liberarci da quegli aforismi di scuola [...] se volete che maestoso sorga l'edificio del diritto civile italiano, ci avrete fedeli commilitoni" [p. 91]. E continua: "non siamo vaghi di quelle sottili costruzioni, di cui diletta taluni romanisti tedeschi, ma vogliamo dottrine pratiche e praticabili" [p. 92].

L'interpretazione dello scienziato "deve fornire al giurista pratico il mezzo di risolvere i dubbi che quotidianamente gli vengono proposti", spiega in *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 2. Lo ribadisce ancora nel 1929 in *Della enfiteusi*, cit., p. 143: l'interpretazione deve "colpire qua e là dissonanze e mutazioni negli istituti, i quali vivono tuttora racchiusi nell'antica cornice. Il civilista crederà di scendere forse dal suo trono; ma bisogna che si persuada essere l'utilità pratica di alcuni istituti indipendente dalla perfetta combinazione logica degli articoli che li regolano nel codice".

⁽¹⁸⁸⁾ "L'opera del giurista consiste in una esposizione sistematica del vigente diritto civile", afferma nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 116, mentre pure spiega la forte integrazione che esiste tra sapere giuridico e le altre scienze germane. Cfr. *supra* i paragrafi 2.3 e 2.4.1. Il civilista, spiega in *Della enfiteusi*, cit., p. 143, in tal modo elabora una formulazione tecnica che è "piuttosto un'aspirazione ad un'unità ed omogeneità di norme mancanti nel Codice, che una riproduzione esatta di questo; ma siffatta formulazione lungi dall'essere inutile, può essere la formola di una legge futura".

⁽¹⁸⁹⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. VIII. Del resto come spiegava nella *Prefazione*

diritto però non presuppone anzitutto una competenza tecnica per svolgere una scienza astratta, piuttosto una sensibilità storicistica.

Cerchiamo di seguire Brugi nei suoi itinerari teorici considerando due punti di riferimento: l'oggetto e le fonti dell'interpretazione.

Riguardo al primo non vi sono esitazioni: esso è il diritto positivo. La funzione del giurista rispetto all'adeguamento dell'ordinamento giuridico ai nuovi bisogni sociali, consiste nel trarre "dalla legge vigente tutto ciò che essa può darci", esprimere "le parti sottintese del sistema giuridico che il Codice presuppone" ⁽¹⁹⁰⁾.

Le inevitabili implicazioni formalistiche di questa impostazione vengono neutralizzate da Brugi al livello della identificazione delle fonti dell'argomentazione interpretativa. Non si tratta infatti di cercare l'originaria (o autentica) *voluntas legislatoris* ⁽¹⁹¹⁾. Lo si capisce chiaramente quando esclude che i lavori preparatori possano essere fonti buone per cogliere lo spirito della legge. In realtà ci spiega, "la formola che diviene norma di legge si stacca, diciamo così, dal suo autore; parla un linguaggio proprio, non quello di chi la dettò" ⁽¹⁹²⁾. Per questo la scienza può ben servirsi della giurispru-

a *L'interpretazione della legge*, di F. DEGNI, cit., p. VI, di fronte al prodursi di una società complessa il diritto codificato è apparso insufficiente e l'interpretazione ha cessato di apparire "rigidamente immobile nei suoi canoni di logica". Viceversa come ha spiegato G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, cit., pp. 756-757, il giurista pandettista "promuoveva una "alleanza della scienza con la legislazione" [...] e affidava la costruzione scientifica del sistema al concettualismo giuridico". Correlativamente la costruzione del sistema difendeva i principi dello Stato di diritto anche dagli eventuali interventi dello stesso legislatore politico che compromettessero la neutralità e l'autonomia dello Stato rispetto ai conflitti e agli interessi socialmente diffusi.

⁽¹⁹⁰⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. IX.

⁽¹⁹¹⁾ Lo ricorda anche G. MARINO, *Biagio Brugi e il "metodo storico"*, cit., p. 301: quando Brugi afferma che "sovrano criterio", nell'interpretazione, è quello di muovere dalle "intenzioni del legislatore", non si immagini un approccio che ripercorra i sentieri d'un qualche positivismo legislativo. Il muovere dalle "intenzioni del legislatore" si risolve subito [...] nel "rifare" i percorsi e le valutazioni del legislatore, "ritrovare, appropriarsi e svolgere le tacite premesse", i principi dai quali il legislatore era partito".

⁽¹⁹²⁾ *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 7. Simili sono i rilievi espressi in *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 48-49, *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, cit., p. 117 e nel saggio *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 7. Il rifiuto di riconoscere nei lavori preparatori la chiave per la individuazione dello spirito della legge in fase interpretativa è ricorrente proprio in quei giuristi sensibili alle

denza dei tribunali; offre indicazioni, seppure empiriche, sulle possibili vie da seguire per “cavar fuori dalla legge tutto quel logico contenuto” (193).

Lo spirito della legge è tutt’uno con la coscienza popolare, che è fusa con la realtà in movimento. L’interprete, spiega Brugi, opera in questo campo avvalendosi di una “interpretazione storica del diritto”; prende le parole del legislatore e “le spiega e le interpreta con le idee del suo tempo; ed è poi questo il miglior rimedio allo invecchiare della parola del legislatore” (194). Ciò è ben evidente al livello della giurisprudenza giudicante, quando “nel contrasto di opposti interessi e di opposte pretese, deve l’interprete stabilire se l’una o l’altra facoltà che si pretende compresa in un diritto, vi sia legittimamente compresa [...] L’intervento dell’*arbiter* in tutti questi casi esprime [...] una necessità derivante dalla inevitabile indeterminatezza teorica di un diritto” (195). Gli interessi rilevano nella vita concreta del diritto come momento incomprimibile di essa; emergono con l’opera del giudice; ma il tutto non è concepito come un principio concorrente con la norma e neppure residualmente ope-

sollecitazioni giusliberiste. Si vedano ad esempio, L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I: *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, 1905, p. 81, § 75, L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d’interpretazione della legge*, cit. pp. 9-10, V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 431, V. POLACCO, *Penombre e sorprese nella formazione delle leggi*, (già pubblicato negli *Scritti giuridici in onore di G.P.Chironi*, 1914), in *Opere minori. Parte prima, Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, pp. 69-78, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1915, pp. 71-72, F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 512. Una relativizzazione del ruolo dei lavori preparatori nella fase interpretativa della legge era presente in J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 38-39. Sul dibattito dottrinale tedesco si veda R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, cit., pp. 51-52 e pp. 156-169.

(193) *Della proprietà*, cit., vol. I, p. IX, e p. 5. Cfr. *supra* paragrafo 2.4.3. Questo non vuol dire che l’interpretazione giudiziale possa essere creativa. Cfr. *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31 e più in generale *infra* paragrafo 4.3.3.

(194) *L’abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 82. Qui a parlare non è il giovane Brugi ancora affascinato dagli orizzonti innovativi del positivismo filosofico e del giusliberismo: questo saggio è del 1931. Ciò mostra ulteriormente come, rispetto a tali profili, le percezioni fondamentali persistono anche nel cambiamento di punti di vista decisivi.

(195) *Ibidem*.

rante sulle sue lacune: questo è un meccanismo che appartiene alla vita della norma legale, ne rappresenta un aspetto.

Si tratta di posizioni che mantengono sempre un margine di compatibilità con le teorie più ortodosse dell'interpretazione⁽¹⁹⁶⁾, anche se conservano un potenziale innovativo non trascurabile.

Alla base di queste teorizzazioni sta infatti l'applicazione delle teoriche dello scopo della legge⁽¹⁹⁷⁾. Essa tutela un interesse

⁽¹⁹⁶⁾ “L'interprete dovrà sempre considerare il diritto nostro, poiché anche il concetto di scopo di un diritto è relativo a un determinato ordinamento giuridico”, precisa ancora Brugi in *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 83. Del resto la dottrina, sebbene prevalentemente allineata sulla difesa del primato della legge, coglieva la complessità del discorso. Si pensi ad esempio a percezioni come quelle espresse da L. RAGGI, *Appunti sull'interpretazione progressiva*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III, 1923, p. 336. “È indiscutibile che per l'interpretazione della legge non possa sostenersi esistente dal punto di vista giuridico se non il metodo tradizionalmente logico giuridico, imposto dal legislatore (art. 3, 4, 5, c.c. disp. prel.) per l'interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, metodo quindi valevole in tutti i campi del diritto”; ma si precisa: “l'interpretazione progressiva della legge, il considerare la legge a sé, come avulsa dall'intenzione del legislatore, è un metodo proibito dalla legge, ma in pratica è usato, asserendosi di non usarlo, e invocando invece a sostegno della interpretazione che così si raggiunge l'intenzione del legislatore [...] Nuovi istituti nuove correnti della vita sociale, nuovi bisogni cui provvedere si fanno sentire, e il magistrato e l'interprete, che devono giudicare in qualunque caso in base alle leggi esistenti, non possono considerarsi come viventi in una torre d'avorio, inaccessibili ai sentimenti, alle pressioni (e talora anche alle passioni) dei tempi, e quindi piegano la interpretazione della legge a conseguenze che nella legge e nella intenzione del legislatore non sono, ma che le mantengono sempre all'unisono con le mutate esigenze del tempo e della vita pratica”. E conclude: siamo di fronte ad un fenomeno di “spontanea formazione di istituti giuridici al di fuori della legge, a mezzo dell'interpretazione (apparentemente conforme alle norme legali) della legge stessa” [p. 337]. C'è la percezione di una vera e propria antinomia. Da un lato il punto di vista giuridico legalista da cui nessuno ritiene di potersi e/o doversi affrancare; dall'altra quello psicologico che mette in evidenza un fenomeno di emersione di nuovo diritto al di fuori della legge, ma che tende a proporsi nel quadro formale della legge. È una consapevolezza che non si traduce in una critica alle dinamiche in atto. Sembra piuttosto una presa d'atto. Una accettazione di una necessaria dinamica interna ai processi di produzione/applicazione del diritto inquadrati insieme nella loro relazione correlativa. È a sua volta una percezione aggiornata del primato della legge.

⁽¹⁹⁷⁾ “La funzione legislativa” spiega Brugi nel saggio *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 8, “è esercitata per conseguire l'uno e l'altro fine sociale, si che una legge dovrebbe esser sempre nettamente dominata dal criterio del fine e secondo questo interpretata”.

concedendo facoltà per soddisfarlo. La individuazione delle facoltà da includere o escludere è compito dell'interprete: egli le circoscrive sulla base dello scopo assegnato alla norma dal legislatore e in ciò la (ri)definisce giurisprudenzialmente.

Il giurista deve essere “come appunto il giureconsulto romano, un interprete del diritto; trar fuori dalla legge quanto esplicitamente o latentemente racchiude, senza tuttavia inserire a forza nelle esistenti disposizioni, concetti radicalmente nuovi. Lo deve guidare la dottrina della interpretazione rettammente intesa: ciò che non è nella legge, potrà introdursi modificandola con le proposte cui l'interprete è pienamente autorizzato” (198). L'interprete, dunque, non fa che continuare la via tracciata dal legislatore (199), ma appunto va oltre a quella fissata dal legislatore.

Brugi sembra riprendere alcune tesi sostenute in Italia da studiosi come Leonardo Coviello, secondo il quale “il principio tradizionale dell'intenzione del legislatore non basta a spiegare l'attività dell'interprete nel completare le lacune del diritto; ma il criterio dello ‘scopo’ e dell'‘opportunità’ è fecondo sia per la vera e propria interpretazione che per quella che alcuni vorrebbero appellare ‘produzione’ del diritto non legiferato” (200). Forti sono le contiguità con il pensiero di Vincenzo Simoncelli, il quale ricorda che il diritto

(198) *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 116-117. “Non è lo scopo o la portata della norma che cambia”, precisa in *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 9, “ma è lo stato soggettivo della nostra coscienza che si evolve quando lo stimolo delle incalzanti necessità e la prova degli errori del passato ci fanno scoprire la vera finalità, rimasta sinora nascosta o velata, di un precetto di legge”.

(199) *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 81.

(200) L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 35; poco sopra, citando Filomusi Guelfi, spiegava: lo scopo pratico della norma ha un “carattere obiettivo”; deriva dalla natura del rapporto regolato dalla norma messa in relazione alle esigenze sociali e agli scopi pratici di utilità sociale ai quali è indirizzata. Lo scopo della legge in realtà non cambia ma si manifesta nel tempo diversamente, evolvendosi “lo stato soggettivo della nostra coscienza”. Interpretazione innovativa e legge non sono per questo in discontinuità. Tutto ciò è possibile dove vi siano margini di incertezza che l'interpretazione deve risolvere cercando “quello che l'esperienza gli dimostra più conforme allo stato attuale della coscienza giuridica”. Dove infatti lo scopo della norma è certo “bisogna applicarlo qual è, anche se le sociali esigenze sono mutate” [p. 32].

non può oggi concepirsi “come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore, ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico” e che “la sua interpretazione non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale”; contemporaneamente, però, essendo la legge una “produzione organica secolare”, ogni sviluppo non può che partire dal diritto positivo vigente ⁽²⁰¹⁾. Gli orizzonti sembrano anche quelli di Francesco Ferrara, di un diritto concepito come “un ordinamento dei rapporti sociali” e di un interprete che effettua “un apprezzamento d’interessi, di giudizi di valore, ma induce *quegli apprezzamenti* che la legge ha fatti, non quelli che gli piace di far lui desumendoli dal sentimento o dalle personali convinzioni” ⁽²⁰²⁾. Possiamo poi ricordare Francesco Degni il quale pure sviluppa la sua riflessione con tre

⁽²⁰¹⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 424. Conseguentemente, prosegue l’A., “la interpretazione della legge non è solo rivolta a stabilire il senso delle parole, a determinare il concetto delle regole, ma a completare la legge, a scoprire quel che è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza”. Cfr. *supra* note 100 e 26.

⁽²⁰²⁾ F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 503, [il corsivo è dell’autore]; di conseguenza “è legittimo indurre quali interessi lo Stato ha voluto proteggere e quindi integrare la norma secondo questa direttiva. È dunque dopo il controllo dei fini che la legge si propose, dei risultati che volle raggiungere e della connessione con altri principii che si può stabilire il contenuto spirituale immanente nella legge”. Il discorso, svolto in contrappunto alle tesi eccessive dei *Freirechtler* tedeschi ma in espressa sintonia con Josef Kohler e Oskar Bülow, prosegue: “l’interpretazione non è semplicemente la determinazione del senso della legge, ma di tutto il contenuto spirituale che vi è racchiuso, la rivelazione di tutto il pensiero, di tutto il valore giuridico nella norma [...]. L’interpretazione giuridica mirando all’applicazione pratica del diritto è di natura essenzialmente teleologica [...]. La legge è un ordinamento di protezione, che vuole soddisfare certi bisogni, ed è da interpretarsi nel senso che meglio risponde a questa finalità, e quindi in tutta la pienezza che assicuri tale tutela. Ciò implica che l’interprete non deve fare semplici operazioni logiche, ma complessi apprezzamenti d’interessi sebbene entro l’ambito legale” [pp. 504-505]. E ancora: “Dato il concetto che la legge si distacca dal suo autore ed ha una vita autonoma nel mezzo sociale, sorge di conseguenza che il suo fondamento razionale deve apprezzarsi in modo assoluto e nella vita moderna. L’interprete cioè esaminando una norma di cinquant’anni fa non è incondizionatamente vincolato a ricercare quale ragione indusse il legislatore d’allora, ma qual è il suo fondamento razionale oggi, ed alla stregua di esso decidere. [...] L’interpretazione si evolve e soddisfa nuovi bisogni, senza peraltro mutare la legge. La legge è lì, ma poiché la sua ratio come forza vivente mobile, acquista col tempo una colorazione diversa, l’interprete saggia ne coglie le nuove applicazioni”. Poi precisa: ciò

punti fermi: rispetto della legge, attenzione al mutamento sociale, valorizzazione della legislazione speciale ⁽²⁰³⁾.

Guardando all'Europa il pensiero di Brugi sembra poi inoltrarsi lungo percorsi intellettuali come quello di Saleilles ⁽²⁰⁴⁾ e nel solco di quel filone della scienza giuridica tedesca critico con la *Begriffsjurisprudenz* che va da Jhering, a Kohler, fino ad arrivare agli aggiornamenti ultimi del dibattito giusliberista intorno all'idea di *Gesetzszweck* e della *Interessenjurisprudenz* ⁽²⁰⁵⁾.

si ammette solo quando si hanno a disposizione norme oscure, dubbie e indeterminate [p. 512].

⁽²⁰³⁾ Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 414. Secondo F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 160, l'interprete deve rapportarsi alla legge "considerandola un'entità distinta che si separa dalla volontà del legislatore, per vivere di una vita autonoma e indipendente, nel senso che meglio è adatto a farle raggiungere gli scopi della giustizia e dell'utilità sociale." La legge non è un prodotto della volontà del legislatore ma è un prodotto sociologico. Il legislatore dichiara un diritto che è superiore ad ogni volontà umana; "nasce spontaneamente dalla coscienza della collettività, è il prodotto delle necessità obiettive della vita sociale". Il rispetto assoluto del testo di legge si esige quando il senso non sia incerto, mentre se vi sono dubbi "l'interprete deve ricercare il valore della legge non solo negli elementi interiori della legge, ma anche nei fatti sociali che la circondano, nelle idee economiche, morali, politiche" [p. 161]. In questa ottica a Degni appare possibile sostenere, in contrasto con la critica dei giuristi più propensi alla innovazione, che in realtà non si può parlare nel sistema in atto di una onnipotenza del legislatore. Su questo esempio di "inconsapevolezza culturale" si veda P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico*, cit., p. 192.

⁽²⁰⁴⁾ Lo ricorda G. MARINO, *Biagio Brugi e il "metodo storico"*, cit., p. 301 e dello stesso *Positivismo e giurisprudenza*, cit., p. 219; con Saleilles condivide la prospettiva dell'interpretazione storica nel contemporaneo non abbandono di un orizzonte legalistico; cfr. *La riabilitazione dei giureconsulti accursiani*, cit., pp. 117-118, *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 3. Cfr. *supra* nota 148.

⁽²⁰⁵⁾ Su tali orientamenti dottrinali ancora oggi sono fondamentali le pagine di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 201-370.

Il filo che lega Jhering agli sviluppi giusliberisti è appunto l'intuizione dello scopo della norma e del rapporto giuridico come confronto di interessi. Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 154, R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtion-sautomat?*, cit., pp. 220-229, K.W. NÖRR, *Eber Hegel als Kant*, cit., p. 42, T. HENNE, C. KRETSCHMANN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion*, cit., pp. 225-228, A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 315-321. Jhering, da un lato, metteva a disposizione strumenti per la elaborazione di una sistematica dottrinale del diritto civile e, dall'altro, poteva porsi in dialogo con le aree inquiete del socialismo giuridico

Era Kohler a spiegare fin dagli anni '80 dell'800, che la legge non esprime alcuna volontà in senso psicologico; egli nella legge trovava piuttosto un "Willen im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben", le cui conseguenze giuridiche non sono quelle che aveva previsto il legislatore, ma sono quelle risultanti dalla organica aspirazione e che si presenta come conseguenza "des im Gesetze geschaffenen geistigen Organismus" ⁽²⁰⁶⁾. La peculiare versione del sistema della legalità di Brugi sembra molto vicina nelle sensibilità alle posizioni di Kohler, il quale, lo ricordiamo, prende le distanze dai *Freirechtler*, pur non rinunciando al suo progetto culturale teso a descrivere un diverso profilo di giurista rispetto a quello tradizionalmente voluto dalla pandettistica ⁽²⁰⁷⁾.

attraverso le idee di *Kampf* e *Zweck im Recht*. Proprio Brugi sembra cogliere questa polivalenza del messaggio; si veda la sua *Recensione* di R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf, 1884, in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, 3, 1885, pp. 131-135, dove, accostando la prospettiva jheringhiana a quella del *mos italicus*, trae da Jhering l'insegnamento di una dogmatica che scaturisce dall'indagine storica e soddisfa l'indirizzo pratico dello studio del diritto. Su questo punto cfr. A. MANTELLO, *L'immagine di Jhering fra nazional-socialismo e fascismo: analisi d'una vicenda ideologica*, in *Index*, 23, 1995, pp. 223 e 243.

⁽²⁰⁶⁾ J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 2. Cfr. *supra* note 64, 89. In sostanza Kohler sostiene l'idea di una interpretazione evolutiva, che non cerca il significato originario della legge ma individua la funzione della legge nella società. Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 215, B. GROßFELD, I. THEUSINGER, *L'oeuvre de Josef Kohler*, in *Droits et cultures. Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, 41, 2001, pp. 167-194. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza*, cit., p. 219, cit., p. 219 segnala un riecheggiare nelle parole di Brugi dell'idea kohleriana della *schöpferische Kraft der Jurisprudenz*. In effetti proprio al Kohler, che scrive il saggio appena citato, il nostro Brugi rinvia in diverse occasioni. Kohler era un "giurista globale" per usare l'efficace espressione di R. GARRÉ, *Fra diritto romano e giustizia popolare. Il ruolo dell'attività giudiziaria nella vita e nell'opera di Johann Jakob Bachofen*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 161-162. Come ricorda Garré il pensiero di Kohler possiede una marcata sensibilità storicistica e tende ad abbattere le divisioni tra la storia del diritto e le altre scienze umane emergenti come l'antropologia e la sociologia o la scienza comparativistica. Brugi non poteva che trovare fonte di ispirazione e di argomenti in un giurista di questo tipo.

⁽²⁰⁷⁾ Basti leggere scritti di J. KOHLER come *Ein "juristischer Kulturkampf"!*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, VI, pp. 275-281, dove recensisce criticamente E. FUCHS, *Juristischer Kulturkampf*, Karlsruhe, Braunsche, 1912. La polemica di Fuchs contro il *Windscheidianismus* ("ein Übel für die Jurisprudenz"), la battaglia per una *freie Auslegung der Gesetzen*, sono obiettivi condivisi da Kohler [p.

Quanto alla *Interessenjurisprudenz*, si possono rinvenire in Brugi sensibilità molto vicine a quella idea di giurisprudenza pensata da Philipp Heck ⁽²⁰⁸⁾, caratterizzata nel postulare la legalità, contemporaneamente facendone oggetto di una interpretazione evolutiva,

276]; tuttavia non ritiene si debba rivolgere la critica solo alla scienza: anche nella prassi egli trova la persistenza di atteggiamenti formalisti. Così è per il *Reichsgericht* il quale “leidet noch sehr viel unter dem Winscheidianismus” e il “Friederizianismus”: “Der ganze Zug der Zeit Friedrichs II ging ja dahin, der Richter gleichsam zum Unteroffizier zu machen, der nach seiner Instruktion handeln muss” [p. 278]. Per questo è sbagliato dirigersi contro la scienza: occorre invece riconfermare l’idea “das Gesetz nicht das Rechts ist, sondern dass das Recht durch das Zusammenwirken von Gesetzen, Wissenschaft und Richterspruch gebildet wird” [p. 278]. Lo aveva già precisato nel suo *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 57: “soll immer die Jurisprudenz noch wissenschaftliche Jurisprudenz bleiben”. Anche questo è un punto di vista condiviso da Brugi.

⁽²⁰⁸⁾ La posizione di P. HECK, ben enunciata in *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, X, 1905, coll. 1140-1142, si distingue proprio per la irrinunciabilità della *Gesetzestreue* pur nel superamento della interpretazione meramente logico sistematica (*Konstruktion*). Il completamento delle *Rechtslücken* doveva realizzarsi attraverso una *Interessenprüfung*, una ponderazione degli interessi specialmente demandata al giudice, sulla base del sistema di valori e obiettivi deducibili dalla legge e mai fino al punto di configurare una *freie Auslegung* con cui il giudice effettuava la valutazione degli interessi con la sola propria discrezionalità. In sostanza come ha sottolineato F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 332, l’*Interessenjurisprudenz* è “arte dell’applicazione della legge anziché della produzione giudiziale”. Sul punto della *Gesetzestreue* Heck, non a caso, rompe con Stampe e Fuchs che invece in quegli anni sostenevano una accentuazione del discorso giusliberista in senso del tutto emancipato dal vincolo della legge. Cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 214-215.

Per questo se si intende il termine *Freirechtsbewegung* in senso stretto, come ad esempio ha fatto F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., p. 329, e come del resto lo stesso Heck ed altri giuristi dell’epoca hanno invitato a fare, risulta che i sostenitori della *Interessenjurisprudenz* non vi andrebbero inclusi.

Tuttavia noi impieghiamo, come L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 214, il termine giusliberismo in senso ampio, proprio perché ci interessa considerare “la profonda ispirazione comune” che unisce tutte queste esperienze intellettuali, compresi i punti di vista meno netti e le percezioni moderate e sfumate. “La verità” prosegue Lombardi, *Ibidem*, p. 216, “è infatti che essi si alimentano tutti ad una intuizione, vivono tutti di una scoperta: la scoperta della non sopprimibile né rifiutabile, necessaria libertà del giurista nel trovare il diritto, cioè di un margine di scelta personale responsabile, che non può essere eliminato neppure dalla codificazione più esauriente e che non può essere colmato dalle operazioni puramente ‘logiche’ della metodologia classica”.

sulla base della ponderazione degli interessi deducibili dalla norma giuridica, ma in base alla realtà concreta.

Certo non possiamo dire che i punti di vista del nostro Autore si allineano con istanze espressamente giusliberiste ⁽²⁰⁹⁾. Anzi i riferimenti al giusliberismo, che pure non mancano nelle sue pagine, sono sempre improntati alla prudenza.

Soprattutto Brugi intende difendere l'idea di realizzare dall'interno del sistema il tentativo di ricucitura tra diritto e realtà. Per questo non apprezza teorie dell'interpretazione che non presuppongono un giurista che ragioni con la logica giuridica ⁽²¹⁰⁾, o che

⁽²⁰⁹⁾ In effetti non vi è bisogno di stabilire o smentire necessariamente rapporti di causa ed effetto tra le dottrine giusliberiste svolte in Francia e Germania e il dibattito italiano. Lo ha spiegato bene P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 368: per comprendere le valenze e la natura di questa complessa discussione europea occorre seguire un approccio che colga "in testi (e contesti) diversi, l'affiorare di problemi (non necessariamente di soluzioni) non dissimili, in un approccio che, senza voler insistere prolissamente su convergenze e differenze, affidi l'onere della comparazione, per così dire, alle cose stesse".

⁽²¹⁰⁾ Nel saggio *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 166, riferendosi a Gény, afferma: "né mi pare che, per ristabilire l'equilibrio logico fra la legge e le odierne condizioni sociali, si possa ricorrere, come è stato proposto, a un nuovo genere d'interpretazione, che non dalla logica giuridica, sivvero da quelle condizioni tragga il senso della legge" [p. 166]. Va nello stesso senso il rifiuto dell'interpretazione come "libera ricerca e formulazione delle norme giuridiche", espresso in *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 37. In effetti nella percezione di Gény, ha osservato P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 375-377, la critica della legalità tiene conto di due 'dottrine tradizionali': quella delle origini connessa alla ideologia delle codificazioni e quella savignyana, ed è rivolta anche a questa seconda tradizione, che guarda al problema del mutamento sociale, rimanendo ancora nell'orizzonte dell'"interpretazione della legge". La proposta di Gény è diversa: "non con la interpretazione della legge si controlla il mutamento sociale, ma solo uscendo fuori da essa, verso una interpretazione che non ha più la legge come proprio orizzonte, ma, direttamente, la realtà" [p. 379]. Una delle chiavi dell'alternativa proposta da Gény era proprio il recupero giurisprudenziale della consuetudine, cfr. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Seconde édition revu et mise au courant*, Paris, LGDJ, 1919, vol. I, pp. 316-446, in particolare pp. 383-387. Cfr. P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in *Quaderni fiorentini*, 1991, pp. 29-35, e *infra* nota 281.

Come notava F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 192, "in Italia abbiamo un'assai scarsa letteratura sul metodo della ricerca libera". Questo perché, ad avviso dell'A., il pensiero giuridico italiano "pur realizzando notevoli progressi nella vita del diritto, è sempre stato lontano dalle esagerazioni e dagli eccessi". Lo aveva rilevato, seppure in senso critico, lo stesso F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit*

tendono a scardinare la gerarchia formale delle fonti, dando evidenza all'equità o alla consuetudine, seppure in via residuale nei casi di incertezza nella legge, rinunciando a presupporre il principio di completezza (211).

Nella percezione di Brugi, però, tutto questo non è affatto espunto dalle dinamiche dell'interpretazione; ciò che si rifiuta piuttosto è il programma di usare tali nuovi referenti dell'ermeneutica giuridica come sistema di dispositivi alternativi alla legalità tradizionale. Del resto, nell'ottica brugiana non vi è bisogno di solcare mari incerti per conseguire la ricongiunzione tra diritto e realtà.

Il percorso suggerito è diverso. La sua alternativa si gioca sul piano dello storicismo. La dimensione storica del diritto attuale, che lui ben conosce, appare lo strumento utile per superare la radicale alternativa tra legalità tradizionale e nuovo sistema a diritto giurisprudenziale.

Per realizzare la sua *interpretazione storica della legge* — o, se vogliamo, per mettere a fuoco il momento storico della legge — il giurista ha bisogno di partire dall'inserimento dell'istituto oggetto della sua analisi, nella dimensione dell'esperienza. Lo sguardo si volge dunque indietro, alla ricerca del filo rosso perduto dell'esperienza giuridica italiana, custodita in ciò che lui chiama “tutto il sistema del diritto italiano, senza differenza fra dottrina antica e moderna, dovunque anche la prima sia conveniente a noi” (212). Il

privé positif, cit., p. IX, quando ricordava la scarsa originalità della dottrina italiana rispetto alle nuove frontiere del diritto sondate dai giusliberisti francesi e tedeschi. Tuttavia tra la dottrina italiana, “qui offre quelques particularités intéressantes”, è indicato anche il nostro Brugi.

(211) *Giurisprudenza e codici*, cit., p. 37.

(212) *L'analoga di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 272. Lo aveva anche detto in *Per una storia della nostra Giurisprudenza*, cit., p. 30: “Noi giuristi non possiamo intendere i codici senza risalire agli insegnamenti di coloro che li preparavano attraverso i secoli. La Giurisprudenza moderna è stata costruita dai nostri antichi maestri; essi vivono nel pensiero nostro che decifra le leggi vigenti”.

Questo motivo attuale lo spinge a studiare vicende tradizionalmente trascurate come quelle accadute nell'età medievale e dove invece è possibile riscoprire che nel diritto romano “questo suo adattamento ai tempi moderni si è fatto con l'innesto di dottrine e istituti nuovi, poi ricondotti al gius romano, a quella guisa che si ascrissero alla legge salica norme che non vi furon mai” (*I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 91). Cfr. P. GROSSI, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 175 e *supra* paragrafo 2.2.

suo romanesimo è una celebrazione della capacità del giurista mediatore che registra continuamente il sistema alle nuove esigenze che si manifestano.

Si diceva ad esempio della completezza. Egli non rinuncia al principio nel concepire una contaminazione giurisprudenziale eterointegrante il diritto positivo. La sua idea di completezza non coincide infatti con quella tradizionale e ribadita in quegli anni da Donato Donati ⁽²¹³⁾. Brugi lo spiega bene, citando Eugen Huber: non è che vi sia “mancanza di lacune nella legge” ma vi è “mancanza di lacune dell’ordine giuridico” ⁽²¹⁴⁾. La sua completezza, non coincide, dunque, con il diritto positivo, ma consiste nella legge contenstualizzata nel portato storico dell’esperienza.

Il discorso è simile se consideriamo il tema della gerarchia delle fonti. Come si è più volte segnalato, il rinnovamento pensato da Brugi non passa mai attraverso una restituzione dell’equità all’inter-

⁽²¹³⁾ Ci riferiamo al volume di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico*, Milano, SEL, 1910, la cui idea centrale era proprio che non esistessero lacune nell’ordinamento giuridico positivo.

⁽²¹⁴⁾ *L’analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 273. Cfr. A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., pp. 224-256, A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell’ordine giuridico contemporaneo*, Torino, Giapichelli, 2002, pp. 184-189. Brugi riprende il passo in E. HUBER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Erläuterungen zum Vorentwurf des Justiz- und Polizeidepartements*, Bern, Bächler, 1902, p. 37: il giudice, spiega Huber, formula la sentenza “auf Grund nicht des Lückenlosigkeit des Gesetzes, wohl aber der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung”. Si legga come riscontro anche l’introduzione [pp. 1-39].

In effetti, con Eugen Huber Brugi può condividere punti di vista decisivi. Anche Huber nel suo percorso intellettuale è guidato da una sensibilità storicistica, dall’idea del *Volksgeist*, è oppositore delle esagerazioni pandettistiche (soprattutto nella versione della *Begriffsjurisprudenz*), ma ne accetta alcune premesse; Huber, similmente a Brugi, è inoltre attratto dal socialismo, ma rifiuta la prospettiva politica della lotta di classe e si pone il problema di superare la diseguaglianza materiale coperta dall’eguaglianza formale, cerca di relativizzare i diritti soggettivi in funzione di determinati scopi sociali; cfr. P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 110, 1991, pp. 393-395 e pp. 413-414, e dello stesso Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907, in *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974/75, pp. 302-307, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 84-85, D. MANAI, *Eugen Huber — Jurisconsulte charismatique*, Basel, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990, pp. 10-12, nonché il volume *Eugen Huber (1849-1923). Akten des in Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars*, Bern, 1993, in particolare i saggi di U. FASEL, *Eugen Huber und die soziale Frage*, pp. 3-21, e di E. RAMELLI, *Eugen Huber als Rechtshistoriker*, pp. 243-259.

pretazione ⁽²¹⁵⁾. Il grimaldello che usa è invece quello dei principi generali che, complice l' art. 3 disp. prel. del codice civile, appariva offrire al nostro Giurista margini decisivi per la costruzione aggiornata del suo sistema della legalità ⁽²¹⁶⁾.

In un quadro di questo tipo la legge appare come espressione dell'esperienza più che di una volontà di legiferare ⁽²¹⁷⁾; per questo funge anche da filtro segnando il livello della contaminazione storica del diritto positivo.

Un simile atteggiamento, precisiamo, non mette in discussione discontinuità con il senso giuridico antico che più volte Brugi aveva sottolineato ⁽²¹⁸⁾. Tuttavia Egli guarda senza autocensure al mondo dello *ius commune*, mondo diverso, che però appartiene alla dimensione storica dell'esperienza attuale, nella convinzione che non si possa porre “un confine insuperabile fra dottrina antica e moderna. Ciò contraddice alla continuità del nostro pensiero giuridico” ⁽²¹⁹⁾.

⁽²¹⁵⁾ Cfr. *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 64-67, *L'equità e il diritto positivo*, cit., pp. 451-452, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 37. Si veda *supra* paragrafo 3.1 in particolare le note 104, 105, 111.

⁽²¹⁶⁾ Soprattutto egli punta sul recupero del passato come patrimonio di principi utili alla integrazione dell'attuale (essendo essi parte implicita dell'attuale); è quello che lui chiama uso odierno del “diritto romano ammodernato” o ancora più esplicitamente “del diritto comune”. “Nessuna disposizione legislativa” osserva in *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno*, cit., p. 180, “può impedire all'interprete del codice di servirsi per intenderlo del diritto romano ammodernato [...] purché non si scopra un'incompatibilità del nuovo coll'antico diritto”. Cfr. *supra* nota 150.

⁽²¹⁷⁾ *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 47. Ecco il passo per intero: “Legislatore” è un vocabolo che si presta ad equivoci; e fa pensare a un diritto scaturito di getto dalla testa di un sapiente. Il nostro legislatore è stato il tempo con le sue operose vicende [...] chi vuol risalire all'intenzione di questo legislatore o meglio, diremo coi nostri antichi, alla *mens legis* (che non è al di fuori della legge ma nella legge stessa) deve conoscere l'origine di quelle formole astratte che noi chiamiamo articoli del codice. Tal verità parve un'esagerazione a chi credette cessato coi codici il bisogno di ricorrere alle antiche fonti del diritto: oggi l'errore si va quasi totalmente dileguando”.

⁽²¹⁸⁾ Si legga quanto afferma in *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, cit., p. 17: “Il nostro concetto di interpretazione della legge è diverso da quello di altri tempi. La diversità riguarda non pure il carattere generale dell'interpretazione e il suo inevitabile sopraffare il testo, ma la relazione fra legge e interpretazione”.

⁽²¹⁹⁾ *Per la tradizione italiana nella nostra giurisprudenza civile*, cit., p. 208. Così la discontinuità tra senso giuridico antico ed attuale viene rivista in questi termini: “è vero che siamo imbavagliati dalla legge; molte volte nondimeno noi stessi ci accresciamo le pene [...] non sapendo o non potendo, per difetto di forze, salire dalla legge alla *mens*

Forse tutto questo non era più possibile una volta che in quella singolare simbiosi tra tradizione e fattualità si era frapposta l'ingombrante presenza della legge codificata e del suo primato; per Brugi però la discontinuità con il senso giuridico antico non ha fatto superare il punto di non ritorno, non ha interessato le dinamiche fondamentali della generazione della coscienza e del sapere giuridici. Egli crede ancora che la storicità sia un dato persistente e assiomaticamente centrale oltre che imprescindibile. La realtà dei fatti le dinamiche sociali e politiche probabilmente però lo stavano smentendo ⁽²²⁰⁾. Questo è forse il vero limite del pensiero di Brugi; un vero contrappasso per uno schietto e convinto storicista.

4.3.2. *I Principi Generali.*

Osserviamo meglio come il terreno dei principi generali diventi decisivo per dare concretezza all'idea di interpretazione storica del diritto. Essi costituiscono il punto di chiusura del sistema della

legis come facevano gli antichi. [...] Per tutto ciò possiamo tornare a scuola da Accursio, da Bartolo, da Baldo; i quali ci abituanò a generalizzare ed a conservare sì, ma anche ad ammodernare sin quasi a distruggere. Finché codici e leggi non si potranno mutare ad ogni suono d'orologio, questo metodo sarà necessario" [p. 194].

Era questa la linea programmatica dei *Saggi* dedicati alla storia letteraria del diritto raccolti nel volume del 1915 *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, pp. VII-VIII. Nella dedica rivolta a G. Baviera, E. Besta, S. Riccobono, afferma: "Io cerco di mostrare agli scolari come si sia formato il diritto odierno attraverso i secoli di svolgimento scolastico, tanto più importante ai nostri occhi quanto più riacquistiamo il convincimento che la tradizione romana non fu mai spezzata presso di noi". L'intento traspare anche nella "Dedica che fa da prefazione" all'edizione del 1921 p. VII. Lo aveva già detto trent'anni prima nel suo *I romanisti e le riforme del diritto civile*, cit., p. 88: il romanista nuovo "non può credere che quella continua evoluzione, che, partendo dai prischi *mores* romani, passa attraverso i comizi, il senato, le scuole dei giureconsulti, il concistoro degli imperatori e sembra chiudersi nel sepolcro delle collezioni giustinianee (mentre in Occidente segue maestosa nella scuola, nel foro e in una letteratura senza confini) siasi arrestata d'un tratto, proprio nel turbine della vita odierna!".

⁽²²⁰⁾ Su questo punto sono chiarificatrici le osservazioni di P. CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu art. 64 BV*, Basel, Frankfurt am Main, Heilbing & Lichtenhahn, 1986, pp. 112-115 e ribadite in *Il mito svelato*, cit., p. 395, dove si spiega come lo storicismo alla fine del XIX sec. fosse stato in realtà trasceso dagli interrogativi posti dall'evoluzione determinatasi dopo la rivoluzione industriale.

legalità e per questo il modo di concepirli consente di differenziare i caratteri complessivi dei processi di produzione normativa.

Come sappiamo il tema appassiona per lungo tempo un gran numero di giuristi di primo piano ⁽²²¹⁾. L'articolo 3 disp. prel. del codice civile offriva infatti la possibilità di sviluppare approcci interpretativi molteplici.

Il *Code Napoléon* non prevedeva una norma di questo tipo; la chiusura in chiave endopositiva si realizzava sulla base del combinato disposto dell'art. 4 sul *deni de justice* e il divieto di pronunciare sentenza in via di disposizione generale previsto dall'art. 5 ⁽²²²⁾.

⁽²²¹⁾ Fra i numerosi studi annoverabili nell'articolato e lungo dibattito, che precede quello degli anni '20 del Novecento, segnaliamo: M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, Utet, 1863, vol. I, e dello stesso *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, Utet, 1865, voll. II e *Filosofia e dottrine giuridiche*, Torino, Bocca, 1874; G. SAREDO, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, Tipografia Editrice dell'Associazione, 1869; L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino, Utet, 1871, vol. I; *Codice civile italiano annotato dagli avvocati V. CATTANEO e C. BORDA*, Torino, 1873, vol. I, p. 36; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., e dello stesso *Nota sull'interpretazione delle leggi*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, parte III; G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Bocca, 1888; F.S. BIANCHI, *Principi generali sulle leggi*, Torino, 1888; A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, Torino, Utet, vol. I, 1896; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1902; V. DI SALVO, *Legge*, in *Digesto italiano*, XIV, Torino, 1902-1903; G.P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904; G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit.; L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit.; E. GIANTURCO, *Sistema del diritto civile*, Napoli, Piero, 1909; G. DEL VECCHIO, *La comunicabilità del diritto e le idee del Vico*, Trani, Vecchi, 1911 e dello stesso *Il concetto del diritto*, Bologna, Zanichelli, 1912.

⁽²²²⁾ Cfr. J.L. HALPERIN, *Le code civil*, Paris, 1996, p. 126, G. ALPA, *I principi generali del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1993, p. 181, E. DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il code civil (1804) e l'allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 66-67. Ricostruendo la vicenda francese A. SCJUMÉ, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 31-33, ha evidenziato come nella intenzione di Portalis dovesse essere previsto un articolo che configurava il giudice come ministro di equità "intendendo per equità il ritorno alla legge naturale e agli usi accolti nel silenzio della legge positiva". Eliminato l'articolo nella versione definitiva del codice, veniva a mancare qualsiasi riferimento extratestuale nell'attività di interpretazione e applicazione del diritto. La scelta è da imputarsi al carattere antigiusprudenziale che accompagna in Francia il programma della codificazione. Cfr. E. DEZZA, *Storia della codificazione civile*, cit., pp. 67-68. Tale orientamento è riscontrabile anche in altre scelte, compiute in quegli

L'altra importante codificazione, quella austriaca del 1811, invece aveva inserito un rinvio ai principi del diritto naturale ⁽²²³⁾.

L'idea del legislatore italiano sembra essere stata quella di individuare con l'art. 3 un punto medio tra diversi orientamenti lasciando il confronto dottrinale ancora aperto a trovare la giusta sintesi ⁽²²⁴⁾. In realtà la discussione non si chiude mai del tutto e torna forte nel corso degli anni Venti quando la scienza giuridica è

anni, riguardanti profili connessi con il momento applicativo del codice. Si pensi ad esempio alla giurisdizione suprema pensata come *cassation*. Su questo rinvio al mio saggio dal titolo *Identità e funzione delle corti supreme in Europa al tempo delle codificazioni*, in *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, p. 1149 e della letteratura ivi segnalata.

La realtà come ha precisato a G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12, disposizioni preliminari del Codice civile del 1942*, in *Il foro italiano*, XCII, 1969, coll. 123-125, nel *Code Napoléon* non è chiarito se il giudice nei casi di lacuna debba rivolgersi ai principi generali endopositivi, o se vi sia la possibilità di una apertura metapositiva. L'orizzonte di questa fase storica potrebbe anche essere stato in realtà comune alle varie esperienze europee pur nella diversità delle codificazioni che si realizzano. L'art. 4 del *code civil* come il 7 del codice austriaco o il 15 del codice albertino (che prevedeva già la formula aperta riproposta poi nell'art. 3 de codice civile del 1865), non delineano ancora un diverso criterio di interpretazione generalmente inteso, ma sono diretti solo a regolare i rapporti giudice legislatore. La fase della interpretazione-esegesi ad avviso di Gorla si aprirebbe solo dopo [coll. 126-130].

⁽²²³⁾ Cfr. E. DEZZA, *Storia della codificazione civile*, cit., pp. 145-146, P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, cit., pp. 63-65, A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico*, cit., pp. 38-47 e dello stesso *Principi generali del diritto. Itinerari storici*, cit., pp. 21-37. In Austria, spiega, "la codificazione viene delineata non come l'esclusivo distendersi, sistematico e concluso, della volontà del legislatore, piuttosto come la deduzione da principi universalmente evidenti e razionali delle norme che debbono garantire la coesistenza di consociati"; ciò implica un ruolo maggiormente creativo da parte dell'interprete [p. 35]. Le due soluzioni francese e austriaca, osserva Sciumè, rappresentano "due modi assai differenti di 'pensare' la codificazione, di definire, cioè, obiettivi e caratteri, ma anche forme ed architettura, e per conseguenza, criteri di organizzazione dello *ius dicere* del giurista, che uno sguardo alla millenaria storia del diritto occidentale, gettato dal legislatore alle proprie spalle, faceva ancora percepire come una fonte" [p. 25]. La maggiore radicalità del modello francese deriva dal fatto che la codificazione nasce come esito di una rivoluzione non come concessione di un sovrano illuminato [pp. 26-27].

⁽²²⁴⁾ Cfr. A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico*, cit., pp. 96-98. Per una ricostruzione dei passaggi che preparano alla opzione per l'art. 3 nel codice del 1865, si vedano più in generale le pp. 67-162 e dello stesso, *Principi generali del diritto. Itinerari storici*, cit., pp. 43-63, G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12*, cit., G.S. PENE VIDARI, *Nota sull'"analogia iuris". L'articolo 15 del titolo preliminare del Codice civile albertino e la sua formazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 1977, pp.

ulteriormente impegnata nella ricerca di nuove fondazioni ⁽²²⁵⁾. La questione si risolve, almeno in parte, come sappiamo, solo con la codificazione del 1941, dove l'art. 12 delle disp. prel. recepirà in forma più esplicita l'orientamento formalistico dominante, chiarendo che i principi generali sono da intendersi all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato ⁽²²⁶⁾.

Per Brugi il tema è decisivo perché solo in esso poteva trovare conciliazione la scelta della legge connessa alla ricerca di una

343-354, E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in *Il foro italiano*, XCIV, V, 1971, pp. 99-118.

⁽²²⁵⁾ Sugli orientamenti manifestatisi intorno al concetto di principi generali cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 429-438, G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto Civile"*, cit., pp. 601-604, G. ALPA, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 179-199 e più ampiamente sulla temperie culturale e scientifica di quegli anni si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 119-214.

Ricordiamo fra gli altri gli interventi di G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali di diritto*, in *Archivio giuridico*, LXXXV, 1921, pp. 33-90, e *Sulla statualità del diritto*, pubblicato in *Scritti della Facoltà giuridica di Roma in onore di Antonio Salandra*, Milano, 1928, e successivamente in *Saggi intorno allo Stato*, Roma, Istituto di Filosofia del diritto, 1935, pp. 9-45, A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Archivio giuridico*, II, 1921, ripubblicato in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1936, pp. 7-23, G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., L. RAGGI, *Appunti sull'interpretazione progressiva*, cit., V. MICELI, *I principi generali del diritto. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Rivista di diritto civile*, XV, 1923, pp. 23-42, G. PACCHIONI, *I principi generali di diritto*, in *Archivio giuridico*, XCI, 1924, pp. 139-141.

⁽²²⁶⁾ Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12*, cit., coll. 129-132, G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto Civile"*, cit., p. 567, P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 418-421. Lavorando sull'art. 3 disp. prel., c.c. del 1865 prima, e sull'art. 12 preleggi, c.c. del 1942 poi, si è potuta costruire l'idea di "evoluzione dell'ordinamento come a una serie di colmature di vuoti all'interno di qualcosa che si poneva — di per sé — come struttura completa", sottolinea P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico, (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 8.

Lo stesso art. 12 è divenuto poi oggi, nell'orizzonte dell'integrazione europea, oggetto di nuove interpretazioni, che lo impiegano per legittimare un ricorso al diritto comparato come momento di integrazione dall'esterno, del diritto civile italiano. Il canale della eterointegrazione non è questa volta rappresentato dal riferimento ai principi generali (definiti nell'art. 12 come principi dell'ordinamento giuridico dello Stato), ma da quello all'analogia. Cfr. P.G. MONATERI, A. SOMMA, *"Alien in Rome". L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Il Foro italiano*, 1999, V, 47, (Estratto, pp. 1-20).

frontiera non formalistica dell'ermeneutica giuridica. Egli, dunque, manifesta in più occasioni durante il suo lungo itinerario scientifico l'orientamento in materia; sarà ovviamente presente anche nel dibattito novecentesco ⁽²²⁷⁾ quando proporrà una sintesi aggiornata dei suoi intendimenti.

Cerchiamo di cogliere i tratti essenziali che caratterizzano il suo approccio. Diciamo anzitutto che i principi generali pensati da Brugi, non sono il prodotto autoreferenziale del circuito chiuso del diritto positivo dato ⁽²²⁸⁾; essi sono espressione della realtà dei fatti ma in quanto esprimono il loro possibile senso giuridico se inquadrati nella linea evolutiva che li ha preceduti.

Non si tratta di ricercare verità assolute: chiaro è il messaggio che viene dalla storia riguardo alla mutevolezza dei principi generali in ogni epoca ⁽²²⁹⁾. La mappa concettuale del diritto romano non è onnicomprensiva; può esserlo solo se elastica a tal punto dal mettersi in continua discussione.

Accanto a questa c'è un'altra basilare consapevolezza: se i principi mutano con la storia, tuttavia non è possibile concepire un ordinamento giuridico completamente nuovo senza radici stori-

⁽²²⁷⁾ Si tratta del saggio *I Principi generali del diritto e il diritto naturale*, cit. pp. 160-166, che esce insieme a *L'equità e il diritto positivo*, cit., dove sviluppa alcuni degli spunti espressi nel saggio del 1921 *Fatto giuridico e rapporto giuridico*, cit..

⁽²²⁸⁾ In *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 31, non aveva avuto difficoltà a considerare i principi generali promananti dall'art. 3 "come indipendenti dalla legge dello Stato e scaturiti dalla stessa natura umana". "Il diritto non è una creazione di filosofi o di giureconsulti [...] il principio giuridico non è che una norma di ciò che realmente avviene nella vita". E aggiunge: "un grande omaggio a questa verità è stato reso dal nostro codice civile nell'articolo 3, dove è un esempio di liberalità unico per tempi in cui quello fu promulgato e deriva dai nuovi sentimenti sociali".

⁽²²⁹⁾ *La guerra al diritto romano*, cit., pp. 459-461. Tra gli esempi di principi generali mutati nel corso dell'esperienza indica il principio di libertà contrattuale (che in diritto romano era in realtà mitigato dall'*actio doli*), il principio di non scusabilità della ignoranza della legge (che pure in diritto romano trovava mitigazione nelle *personae miserabiles*) e la definizione del diritto di proprietà come tipo unico, fino a rilevare che "forse i romani non ci trasmisero una definizione del diritto di proprietà perché non ebbero mai in mente quel tipo unico e assoluto che loro ascriviamo". Il diritto romano, ricordava già nel 1889 in *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 183, non è "tuttora una legge positiva, buona per ogni caso vecchio e nuovo". La sua utilità risiede nella formazione della cultura giuridica, nella formazione del giurista. Anzi proprio il fatto di non essere legge positiva accresce il suo pregio scientifico.

che ⁽²³⁰⁾. Occorre viceversa essere coscienti che solo dalla evoluzione storica è possibile cogliere i principi generali attualmente fondanti.

È questa, come abbiamo già detto, la direzione in cui Brugi svilupperà la sua teorica. Per farlo doveva però prendere le misure con altre proposte di fondamento metapositivo per i principi generali.

La prima presa di distanza riguarda l'equità ⁽²³¹⁾. Sappiamo infatti che, soprattutto negli anni Venti, alcuni giuristi sostenevano questa soluzione. Si pensi a Maggiore e alla categoria dell'equità naturale. Secondo la sua lettura del problema, i principi generali previsti dall'art. 3 c.c. non erano desumibili con un processo di generalizzazione del diritto positivo; ciò avrebbe condotto a proposizioni sempre più vuote di senso storico. Di contro, spiegava Maggiore, i principi generali servono a esprimere non una "generalità astratta ricavata a posteriori, ma una generalità concreta che è sempre a priori". Il motore di questo è il giudice, il quale attinge dall'equità guidato dal "limite della necessità storica" ⁽²³²⁾.

Un approccio, quello di Maggiore, dalle valenze incerte; soprattutto alla luce delle valenze effettive che avrebbe assunto il suo

⁽²³⁰⁾ *La guerra al diritto romano*, cit., p. 462: "E tocca pure a loro [gli oppositori del diritto romano] di dimostrarci che la sociologia può fare a meno di analizzare questo adattamento secolare del gius romano a tante civiltà [...] e che in tutto e per tutto si può qui rinnegare il concetto della tanto decantata evoluzione per creare un nuovo ordine giuridico *ab imis fundamentis*". Si rischia, conclude, di fare come nel giusnaturalismo, finendo per proclamare una nuova religione universale, che, in realtà, varia da persona a persona. "Piuttosto è vero che i principi giuridici romani son così generali e così mirabilmente elastici [...] che si presentano alle più svariate applicazioni. Ponete che una di questa sia una invenzione moderna e niente di strano vi sarà che torni utile ricorrere anche per essa a qualche principio romano". Certo che con tale approccio si conserva un margine di ambiguità. In fondo è ancora possibile guardare al diritto romano come a un campionario di soluzioni che al momento opportuno si possono imitare.

⁽²³¹⁾ È una delle questioni lasciate aperte dalle vicende belliche e post belliche. Lo spazio per l'equità infatti era sempre crescente nella legislazione speciale anche se per la cultura giuridica tradizionale legalistica e pandettistica l'equità rappresentava una chimera. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, pp. 140-145.

⁽²³²⁾ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, cit., p. 278 e pp. 266-267. Cfr. *supra* nota 104.

pensiero di lì a poco durante gli anni del fascismo (233). In questa fase si propone con le vesti dello storicismo. Si tratta di uno storicismo di segno diverso da quello cercato da Brugi, il quale invece vede non nel giudice ma nel giurista scienziato il vero soggetto chiave nel processo di identificazione dei principi generali metapositivi. Per il nostro Giurista, lo abbiamo detto più volte, la separazione tra equità e momento della applicazione del diritto non è ontologicamente necessaria; è però conseguenza di una scelta ordinativa del sistema per il primato della legge (234).

L'altra presa di distanza riguarda il diritto naturale. Era la strada che trovava nel codice austriaco un precedente normativo; è anche l'idea che ispira la *Prolusione* al corso di filosofia del diritto a Roma di Giorgio Del Vecchio letta il 13 dicembre 1920 e pubblicata l'anno

(233) Si pensi al Maggiore che scrive *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, XVII, 1939, pp. 140-161.

(234) *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452. Si veda *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 66-67, dove è critico anche rispetto alle tesi di V. MICELI, *Sul principio di equità*, cit., p. 89. Miceli arriva a collocare l'equità in "un posto intermedio fra l'elemento formale e l'elemento materiale del diritto", a considerarla come "anello di congiunzione" tra di essi, fino a definirla "un principio di giustizia che tende a tradursi in atto in un caso singolo e vi si traduce per mezzo di un potere discrezionale"; la discrezionalità in questo senso "è un mezzo indispensabile, è l'istrumento con cui si opera". Brugi contesta proprio l'idea di fare dell'equità uno strumento di "penetrazione nell'elemento formale del diritto". Si tratta di un modo per superare le insufficienze della legge, riconosce il Nostro, tuttavia "sostituire l'arbitrio del giudice al precetto della legge è una delle più gravi offese alla nostra odierna costituzione politica".

La linea di Brugi sembra invece vicina a quella di G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 12, secondo il quale i principi generali del diritto sono una "nozione oggettiva indipendente da qualunque criterio sia esclusivamente proprio al Magistrato che li applica". È questo che distingue i principi generali dall'equità, questione di scienza giuridica anche se non di diritto positivo. Chironi condivide con Brugi anche certe impostazioni di fondo soprattutto sul carattere metapositivo del fondamento dei principi generali. A differenza di Brugi, e similmente a quanto fanno Leonardo e Nicola Coviello, tuttavia la sua apertura si ferma di fronte alla constatazione che la costituzione politica fondamentale del sistema giuridico attuale non lo permette. Su questi orientamenti cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 75 e 145, e *Itinerari dell'assolutismo giuridico*, cit., p. 190. L'equità è una forma in mano al legislatore e se ne deve auspicare l'uso nella preparazione della legge. L'antitesi tra equità e diritto è per Brugi l'esito di una opzione filosofica che induce alla separazione dei due concetti. In ciò, osserva conclusivamente Grossi, Brugi non segue la sua sensibilità storicistica dando spazio al positivismo legalista.

seguito nella rivista *Archivio giuridico*. Il diritto naturale è qui concepito come complesso di principi dedotti dalla ragione e corrispondenti alle esigenze della natura umana ⁽²³⁵⁾.

Il saggio di Brugi sui principi generali del 1923 serve a rispondere anche a Del Vecchio. Nel rinvio al diritto naturale il Nostro vede sempre lo spettro del giusnaturalismo, campione, nel suo immaginario, del travisamento del senso storico dell'esperienza giuridica, forse anche di più del contestato costruttivismo pandettista. Fin dai suoi esordi Brugi ha mostrato di diffidare di teorie che potessero indurre a individuare categorie giuridiche come assolute verità.

Egli non nega che vi possano essere principi di diritto naturale rintracciabili e impiegabili nel sistema giuridico in atto. Tuttavia essi rilevano, nella misura in cui il legislatore li abbia fatti entrare nella cerchia del diritto valido, cioè li abbia positivizzati ⁽²³⁶⁾.

⁽²³⁵⁾ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali di diritto*, cit., in partic. pp. 75-90. I medesimi principi, ricorda però G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto Civile"*, cit., p. 601, acquistavano rilevanza per il sistema in base all'art. 3 delle preleggi e comunque non potevano in nessun caso valere *contra legem*.

⁽²³⁶⁾ *Principi generali del diritto e il diritto naturale*, cit., p. 163. Cfr. A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 179. In effetti la tesi di Del Vecchio avrebbe rotto l'unità del sistema e proiettato l'interprete oltre i suoi confini tradizionali. È V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 36-37, che pure vedeva di buon occhio l'uso dell'equità a segnalare il pericolo: le teorie di Del Vecchio implicano l'ingresso di criteri soggettivi nella determinazione dei principi generali. "Sarà la volontà dell'interprete? E allora ecco che la volontà subbiettiva irrompe nel sistema. Sarà l'intenzione del legislatore o lo spirito del sistema stesso? E allora perché rivolgersi al diritto naturale, che è elemento extragiuridico, positivamente parlando, e non interrogare direttamente lo spirito del sistema?". Prende l'esempio della proprietà: il concetto del codice è stato formulato sulla base di dottrine individualistiche; certamente quel concetto "non risponde più al nuovo spirito, che ha lentamente pervaso il sistema per la pressione di esigenze nuove e con l'opera della legislazione più recente". Cosa deve fare l'interprete? "l'interprete non ha altra via da quella d'interrogare il diritto stesso". Miceli, *Ibidem* pp. 23-42, aveva anche ricordato che esistono due modi diversi di intendere il diritto naturale, uno che risponde ad un'idea trascendente e l'altro ad un'idea immanente del diritto. C'è il modo giusnaturalista che fa del diritto naturale un concetto assoluto, immutabile e immodificabile [pp. 26-31]; c'è il modo della filosofia positiva e della scuola storica che vi vede "qualche cosa che si viene facendo nelle coscienze, che si forma a misura che queste vengono stimulate dai bisogni nuovi e i contrasti fra le esigenze della vita e il modo come vengono soddisfatte dal diritto esistente diventano più vivi e stridenti". È un modo di intendere il diritto ponendo

Diverso è il discorso che dobbiamo fare circa l'altra tesi circolante che tendeva e ricorrere alla categoria della natura dei fatti come fonte di diritto. Non si tratta di una categoria respinta in quanto tale da Brugi⁽²³⁷⁾. Il nodo sta piuttosto nel precisare il modo con cui essa viene impiegata.

Sappiamo che l'idea, già formulata con una caratterizzazione storicistica da Cesare Vivante⁽²³⁸⁾, viene negli anni Venti riproposta da Asquini. La sua tesi è che la natura dei fatti ha il rango di fonte di diritto, ma non può emergere attraverso i principi generali evocati dall'art. 3. Essi sono esito di "procedimenti logici sulla base dei testi di legge" quindi devono essere considerati, come la dottrina dominante e legalista afferma, principi da ricavare all'interno dell'ordinamento giuridico positivo. Proprio per questo, tuttavia, i principi generali non bastano a chiudere il sistema rispetto alla soluzione di molte questioni concrete. Occorre allora "guardare fuori dall'ordinamento legale", alla natura dei fatti⁽²³⁹⁾. Questa, essendo "rappresentazione della funzione sociale ed economica dei fatti nella coscienza umana", trova in ciò la caratterizzazione di fonte del diritto⁽²⁴⁰⁾. Si tratta, in sostanza, di concepire un ulteriore livello di chiusura dell'ordinamento, che opera dove analogia prima e principi

l'attenzione "sulle leggi della vita e sullo sviluppo sociale" e nella persuasione che "il diritto non è e non può essere (dal punto di vista del contenuto materiale) una improvvisa e artificiosa creazione del legislatore" [pp. 31-32].

⁽²³⁷⁾ La natura delle cose è riconosciuta da Brugi in *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 8, come un parametro di orientamento della interpretazione del diritto; definibile come "il modo di essere e di agire della società civile nel produrre le sue formazioni intellettuali", "la natura delle cose vuol che l'interprete intenda le regole in quel modo che l'età sua le ha determinate e le vien tuttodi determinando".

⁽²³⁸⁾ Cfr. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1906, vol. I, pp. 91-94. Su questo si veda da ultimo P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 51-57.

⁽²³⁹⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., pp. 10-13.

⁽²⁴⁰⁾ *Ibidem*. Per Asquini la natura dei fatti è un concetto che "si riferisce ai casi non regolabili mediante ricorso diretto o analogico alla legge e afferma che per questi casi l'interprete deve direttamente ricavare la norma dalla natura del rapporto, che deve essere regolato, senza appoggio in altre fonti formali" [p. 8]. Allo scopo dimostra tre condizioni: l'ordinamento legale è necessariamente lacunoso; la natura dei fatti può servire a colmare le lacune; il ricorso alla natura dei fatti è giustificato sul piano dell'ordinamento giuridico positivo.

generali (endopositivamente intesi) poi non possono fornire strumenti di regolazione giuridica.

Da tali teorie, che tendono a recuperare la dimensione della fattualità per realizzare la chiusura del sistema della legalità, la distanza di Brugi non è grande. Abbiamo visto, infatti, che il Nostro guarda alla fattualità con grande interesse e che, sul recupero del rapporto tra diritto e realtà, egli ha impostato tutta la sua riflessione. Del resto lo stesso Asquini lo annovera, pur compiendo una forzatura ⁽²⁴¹⁾, tra i giuristi che sono nell'orizzonte delle sue idee.

Il problema di Brugi, lo abbiamo già rilevato, non è neanche quello di dover concepire un meccanismo fondato esternamente alla legge per chiudere il sistema. Il punto è piuttosto un altro: un uso della natura dei fatti come fonte del diritto imponeva, come del resto dimostrava Asquini, una considerazione del diritto positivo in termini formalistici, imponeva cioè di separare il diritto legale dalla propria dimensione storica.

La natura dei fatti, veicolata e fatta apparire dalla storicità dell'esperienza giuridica, invece doveva fungere per Brugi da strumento, sia per l'interpretazione attualizzante della legge, sia per la individuazione dei principi generali dell'ordinamento, quando ad essi occorresse far ricorso per chiudere il sistema.

I principi generali, infatti, sono premesse della legislazione, nel senso che preesistono all'opera del legislatore e di essi "gli articoli del codice civile non sono che conseguenze". Da essi però è possibile trarre ulteriori conseguenze; ciò va fatto nel caso di lacune ⁽²⁴²⁾.

⁽²⁴¹⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., p. 19. Cita in particolare il saggio di Brugi *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit.. In realtà tra Asquini e Brugi, come cerchiamo di spiegare nel testo, sembra esserci una diversa percezione dei profili della legalità complessivamente pensati. Una conferma indiretta viene da A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 202, recensore di Brugi e sostenitore delle sue teorie, che considera la proposta di Asquini "tesi insostenibile teoricamente e pericolosa per le conseguenze pratiche".

⁽²⁴²⁾ Nel saggio *Principi generali del diritto e il diritto naturale*, cit., p. 163, Brugi spiega: "tutta la nostra più sana tradizione giuridica ci fa pensare a veri e propri principii di diritto, dei quali gli articoli del codice civile non sono che conseguenze non esaurienti però la virtù logica loro. Per trarne altre conseguenze [vale a dire per completare le lacune di cui rintraccia l'esistenza] l'interprete fa la stessa operazione che fece il legislatore per le prime conseguenze formulate". Si tratta di principi giuridici non filosofici, sembra voler dire ai filosofi del diritto che guardano al diritto naturale.

Più chiaramente questo vuol dire che l'interprete, per identificare i principi generali del diritto, "ascende dagli articoli del codice alle loro premesse", che risiedono nel bagaglio culturale della giurisprudenza; è qualcosa di qualitativamente diverso dal processo di astrazione logica di cui parlavano i legalisti più ortodossi. "Il legislatore, da certi principii di diritto nostro trasse quelle conseguenze, che enunciò negli articoli dei codici; ma non potè, se anche l'avesse voluto, vedere ad una ad una e dedurre tutte quelle che i principi chiudono, entro di sé in potenza". È da tale deposito storico, che è omogeneo alle opzioni del legislatore, che l'interprete deve attingere i principi generali per risolvere la lacuna ⁽²⁴³⁾. In questo senso il giudice "ripercorre la stessa via del legislatore o continua a percorrerla dove il legislatore si è arrestato" ⁽²⁴⁴⁾.

Ecco allora che la nozione di principi generali dell'ordinamento giuridico diventa equivalente per Brugi a quella di "principi generali

⁽²⁴³⁾ *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., pp. 264-268. È una linea che appare capace di innovare e risolvere le inadeguatezze del diritto positivo ma senza metterne in discussione la legittimità. Come ha sottolineato P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 434, "è la ricostruzione della genesi delle norme e dei principi legislativamente codificati il metodo che permette di coglierne il senso [...] al di fuori di un improbabile 'rinvio ai fatti' che spezzerebbe l'unità specificamente giuridica del metodo impiegato".

⁽²⁴⁴⁾ Precisa ulteriormente sempre in *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 270: non si tratta di applicare un metodo di pura logica, ma, al pari del legislatore, con un metodo "di logica del nostro ordinamento giuridico". Cfr. A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., pp. 214-220. È questo il modo in cui considera il modello proposto nell'art. 1 delle disp. prel. del codice civile svizzero. Per questo ritiene, seppure possibile, non necessario modificare in tal senso l'art. 3 c.c. Esso a suo avviso già possiede quelle valenze sistematiche.

Di diversa opinione è invece L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., pp. 37-39, giurista con cui Brugi condivide altri punti di vista. Coviello ritiene impraticabile la strada di una fondazione storicistica dei principi generali; punta sulla scienza e sul giudice per realizzare la massima estensibilità, la capacità di lettura sistematica della legislazione in senso attualizzante, dando rilievo ai principi generali ricavabili a partire dalla legislazione più particolare e recente; in realtà vede risolutivo solo il conferimento al giudice del potere di operare *praeter legem* sulla base della natura delle cose e del concetto di scopo pratico della norma. Per questo ritiene che sia necessaria una modifica dell'art. 3 più espressamente nella direzione indicata dell'art. 1 disp. prel. del codice svizzero del 1907.

del diritto italiano” (245), nel senso che sono espressi dalla nostra lunga tradizione e in quella tradizione possono essere ritrovati.

Lo sguardo si rivolge così non ad un immutabile e virtuale sistema di diritto romano attuale, ma alla sua storia letteraria, cioè al mutevole scenario dello *ius commune*, vera fonte a cui attingere (246).

(245) *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane*, Saggi, cit., p. 95 *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 202, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 248.

È questo un modo, osserva in *I danni dell'imitazione straniera nella nostra giurisprudenza*, in *Atti della R. Accademia lucchese di Scienze, Lettere ed Arti*, XXXVI, 1919, (estratto), p. 20, per trarre dal *continuum* storico della nostra tradizione, nella “storia di un diritto che vive”, le risorse per la adeguatazza del nostro diritto. “Il Codice civile coi suoi monchi articoli, con tante lacune, con un linguaggio talora improprio richiede un corredo di dottrine che lo completi e lo spieghi” [p. 18]. La questione è allora capire dove vanno attinte quelle necessarie dottrine. I civilisti italiani, in assenza di un supporto preparato dai nostri romanisti, si sono rivolti ai romanisti tedeschi. Questi, pur esprimendo “verità note e già familiari all’ingegno italiano”, da un lato hanno contaminato il diritto romano attuale con dottrine tedesche e dall’altro hanno orientato gli studi storici verso orizzonti filologici [pp. 8-12]. Similmente l’imitazione del metodo francese dell’*exegèse* ci ha allontanato “dai nostri giureconsulti più di quello che in Francia non fosse avvenuto; ci illusero nel farci credere identici il Codice Napoleone e l’italiano; spezzarono in più punti il filo tra la nostra dottrina e la nostra giurisprudenza forense dei secoli precedenti e quelle di oggi” [pp. 6-7].

Ciò ha provocato gravi problemi, come il determinarsi di un contrasto tra teoria e pratica, perché non è valso a tenere vivo il dato della nostra esperienza [p. 19]. A quella bisogna invece tornare ed è possibile farlo proprio attraverso i principi generali. “Per fortuna la giurisprudenza forense” continua Brugi *Ibidem*, p. 20, “ha mostrato via via di non volersi privare né del sussidio del diritto romano, né delle dottrine del diritto comune. E sa che i tanto decantati principi generali di diritto, ricetta legislativa per una malattia insanabile dei codici, non sono ben spesso, che dottrine d’interpreti nostri, buone ancora per noi”. L’idea di una emancipazione dalla pur utile e rilevante cultura giuridica straniera, da realizzare proprio tramite un recupero della esperienza giuridica italiana, era già presente nel Brugi degli anni ’80; cfr. G. SPECIALE, *Antologia giuridica*, cit., pp. 108-111.

(246) “Dove sono questi principi se non nelle opere degli antichi interpreti, per le materie, ben s’intende, nelle quali le nuove condizioni sociali non si trovano in disaccordo con l’antica giurisprudenza?”, riflette in *I giureconsulti italiani del secolo XVI*, cit., p. 95. Bisogna cercarli nel diritto comune, ribadisce ancora in *Per la tradizione italiana nella nostra giurisprudenza civile*, cit., p. 208, e in *Come conoscere facilmente il diritto comune per il suo uso odierno*, cit., p. 180. Non c’è altra possibilità, anche se il legislatore durante l’emanazione del codice civile non accolse la proposta di aggiungere l’epiteto ‘comune’ a ‘principi generali del diritto’. La giurisprudenza della cassazione, sottolinea Brugi, concorda: “non di rado quando si ricorre in cassazione per violazione

La sua è una visione complessa: i principi generali sono principi dell'ordinamento positivo, ma scaturiscono dalla combinazione del diritto positivo con i criteri fondamentali a cui si ispira; questi ultimi costituiscono il recinto in cui il diritto positivo si svolge, non viceversa. Il sistema della legalità circoscrive l'azione dell'interprete; tuttavia il momento del completamento non risiede nel diritto positivizzato ma in tutto il "sistema del diritto italiano" che è quello in cui riposano anche il fondo storico e la scienza antica e moderna.

In sostanza, come in altri casi era emerso, l'orizzonte della legalità include quello della scienza, che ha il compito di conservare e mettere in luce la valenza storicistica dell'ordinamento giuridico ⁽²⁴⁷⁾.

La linea che individua è sottile, ma gli permette di separarsi al contempo dai formalisti sordi, alle sollecitazioni della dimensione concreta del diritto, e dagli sperimentatori estremi.

dei principi generali di diritto, il segreto della vittoria sta nel saper ricomporre una dottrina del diritto comune presupposta dal codice civile". Pertanto, si rivolge agli studenti, "in più casi voi sentirete il bisogno di ricorrere al diritto comune" e consiglia ai futuri avvocati l'uso dei repertori di dottrina e *decisiones*. Il diritto comune è visto da Brugi come fonte dell'odierno diritto civile; "una fonte a cui l'interprete deve attingere per la ricostruzione dei principi generali di diritto a cui rinvia l'art. 3 delle Disposizioni Preliminari del nostro Codice Civile" [p. 176]. Cfr. A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 221.

È forse utile ricordare che, nell'assumere questo orientamento, Brugi si distacca dalla linea impartita da V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 24, che aveva espressamente escluso la possibilità di interpretare l'art. 3 nel senso di autorizzare l'enucleazione dei principi generali dallo *ius commune* e aveva precisato che tali principi dovevano essere ricavati dal diritto positivo attraverso un processo logico di progressiva generalizzazione.

Quello di Brugi, spiega A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, cit., p. 177, è un punto di vista nuovo che "scuote" la dottrina tradizionale "che sostiene la completezza del nostro, come di qualsiasi ordinamento giuridico, fondandola sulla forza di espansione logica delle disposizioni particolari, sulla possibilità cioè di trarre — con l'applicazione di un procedimento logico — dalle stesse norme particolari la disciplina di tutti i possibili casi". Sull'idea brugiana di principi generali cfr. G. MARINO, *Biagio Brugi e il "metodo storico"*, cit., pp. 299-314, P. CARONI, *Kodifikation*, in *Handbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, 1978, col. 919, G. ALPA, *I principi generali del diritto*, cit., p. 187, P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 434, A. LOVATO, *Diritto romano e scuola storica nell'Ottocento napoletano*, Bari, Laterza, 1999, pp. 147-148.

⁽²⁴⁷⁾ *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 264.

In effetti, come è stato rilevato, negli anni Venti, in Italia, ci si confronta sul tema dei principi generali con la “convinzione, generalmente condivisa, che il problema dell’interpretazione fosse comunque da impostarsi in rapporto all’interpretazione della legge: dunque in rapporto ad un sistema giuridico la cui completezza viene negata (dagli ‘evoluzionisti’) come caratteristica ‘originaria’ del sistema stesso [...] ma viene riaffermata come il risultato finale (e auspicabile) dell’applicazione di un’ermeneutica diversa” (248). Questo ha impedito di praticare (o consentito di trascurare) altre vie, quelle più autenticamente giusliberiste, che nel rilevare le lacune rinviavano al giudice e a criteri di orientamento completamente esterni al contesto normativo.

4.3.3. *‘Il così detto giudice legislatore’.*

Quanto abbiamo appena rilevato ci porta a considerare un ultimo nodo necessario per chiudere la rete sistematica pensata da Brugi; resta infatti ancora da precisare che ruolo gioca il giudice nelle dinamiche di evoluzione storica del diritto, come può fungere da canale di comunicazione tra realtà, diritto latente e diritto legale, quali rapporti ci sono tra il suo ruolo e quello del giurista scienziato. Il cerchio può chiudersi solo risolto questo ultimo problema.

L’approccio di Brugi in materia si segnala anzitutto per alcune interessanti aperture.

Se nei tempi recenti il giudice è stato degradato a strumento della legge, “le moderne idee ravvisano piuttosto nella legge lo strumento del giudice” (249). “Il giudice deve esser soprattutto un giurista [...] ma neppur deve ignorare tutti gli odierni influssi che il diritto riceve come fenomeno sociale”. Egli “deve aver forza e possibilità, ove sia il caso, di dare alla legge una interpretazione nuova e migliore dell’usuale” (250). Egli deve farsi guidare dalla natura delle cose: “un giudice che obbedisca ad una fase oltrepassata di una di queste formazioni intellettuali socialmente è un controsenso. Eppure con la dottrina (io pure non ardirei a ripudiarla

(248) P. COSTA, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 429.

(249) *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 161.

(250) Nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 248.

intieramente) dell'obbedienza del giudice alla legge non sono del tutto esclusi questi controsensi" (251).

È una linea che vede il giudice in primo piano come soggetto che adegua il diritto legale alla realtà.

“Le leggi non possono porre che massime generali”, mentre i concetti necessariamente indeterminati trovano nel tempo differenti determinazioni. Essi richiedono e consentono “un’interpretazione mutabile e consona a quei criterii che in ciascun’età predominano”. L’apporto che il giudice dà al riguardo è specifico; non è tanto l’attività di scienza, “questa interpretazione delle massime astratte e indeterminate non è la usuale interpretazione soggetta a regole di ermeneutica legale, quanto piuttosto dipende da una specie di *arbitrium boni viri* del giudice. Il quale talora sforza persino le regole e gli argomenti giuridici” (252).

Vi sono del resto livelli dell’interpretazione della legge nei quali si rivela più adeguato il punto di vista giudiziale che quello dottrinale. È questo il caso ad esempio del c.d. abuso del diritto, concetto utile a circoscrivere le facoltà assegnate dalla legge al titolare di un diritto soggettivo e “necessarie per il conseguimento di uno scopo tutelato dal diritto”; tale operazione interpretativa abbisogna del momento giudiziale più che dottrinale perché tende a manifestarsi e a trovare soluzione volta per volta corretta, solo dove emerge il contrasto tra interessi” (253).

(251) *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 8.

(252) *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 175-177. Sono punti di vista espressi anche da altri. G. DE FALCO, *Discorso pronunciato presso la Corte di cassazione di Roma nella assemblea generale del 3 gennaio 1884*, Roma, Tipografia del Senato, 1884, p. 43, ritiene che “è pertanto nostro dovere seguire con una giurisprudenza vera e feconda, informata all’arte del buone e dell’equo” i nuovi svolgimenti, o le nuove evoluzioni che si vogliano dire del diritto e della legislazione”. L’amministrazione della giustizia con l’ingresso di leggi nuove ha il compito di “armonizzare nel diritto le libertà cooperanti”, perché il diritto segue gli svolgimenti sociali. L. RAGGI, *Appunti sull’interpretazione progressiva*, cit., p. 339, parla di una “elasticità di principi giuridici [...] che i magistrati adottano, quando si trovano dinanzi a necessità superiori imposte dai bisogni sociali”. Come abbiamo già segnalato però da queste dinamiche Raggi prende le distanze. Cfr. *supra* nota 196.

(253) *L’abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., pp. 81-82. Cfr. *supra* paragrafo 4.3.1 nota 195.

Insomma c'è la constatazione che le trasformazioni in corso nei sistemi giuridici contemporanei, come implicava la stessa fioritura di leggi speciali, conducono “ad un ampliamento dei poteri del giudice” (254), il quale è chiamato a svolgere un ruolo inedito di composizione degli interessi in conflitto, un compito che non può svolgere il legislatore (255). Addirittura c'è anche la presa d'atto di un “limite di opportunità” nel fare le leggi, non tutte le relazioni sociali essendo “atte ad essere regolate per legge” (256).

In questo contesto si pone l'incoraggiamento, rivolto alla giurisprudenza giudicante, a sperimentare nuove soluzioni interpretative (257) rispetto a certi nodi controversi anche in dottrina ed ai

(254) *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 172. È un punto di vista in realtà moderato perché come osserva G. DE FALCO, *Discorso pronunciato presso la corte di cassazione di Roma*, cit., p. 45, l'evoluzione ha una doppia valenza: modernizzatrice perché “dischiude alle menti progressi indefiniti”, ma anche conservatrice perché impone gradualità progressi: “noi l'accettiamo nell'un senso e nell'altro”.

(255) Esempio è costituito dal problema delle immissioni. “Nel diritto vigente” spiega in *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 172-173, “l'*officium iudicis* si è guadagnato una cerchia notevole, appunto in uno dei più difficili aspetti della proprietà”; fa riferimento al bilanciamento tra il principio *nemo damnum facit qui iure suo utitur* e il principio che “ogni violazione di diritto del vicino costituisce un atto illecito”. Il problema delle *immissiones*, prosegue, si è fatto molto più ricorrente nel mondo contemporaneo rispetto al passato. “Tale simultaneo svolgimento della dottrina della proprietà immobiliare e di quella della vicinanza apre una larga cerchia a prudenti accordi, a saggi temperamenti, a reciproche concessioni che son compito non del legislatore, bensì del giudice” [p. 174].

Ipotesi di rinvio all'*arbitrium iudicis* sono rinvenute anche in tema di servitù legali (acquedotto coattivo). Qui l'*arbitrium iudicis* serve a correggere l'applicazione dell'art. 602 nel bilanciare gli interessi tra fondo servente e servito. Il giudice può tener conto per esempio del fatto che l'applicazione della servitù deteriori eccessivamente la potenzialità economica del fondo servente, oppure che il danno a questo imposto è maggiore del beneficio arrecato al fondo vicinale ecc. [p. 94 e pp. 197-219]. Ci sono poi le servitù stabilite per fatto dell'uomo, dove si pone il problema della valutazione dell'abuso del diritto [pp. 220-225].

(256) *Scienze giuridiche e scienze sociali*, cit., p. 310. Il limite si trova usando contemporaneamente un criterio storico e uno politico; con essi è possibile capire dove vi è “bisogno di convertire in morale coattiva la morale spontanea”. Poi spiega meglio, parlando di un limite per lo Stato “nella impossibilità di dar forma giuridica a certe relazioni del civile consorzio”; si tratta di relazioni “le quali si ribellano in tutto ad una forma giuridica” e segnala che nel mondo antico del diritto comune per queste relazioni “è rimedio l'*arbitrium iudicis*” [p. 311].

(257) Lo rileva per certe materie controverse dove la legge non offre previsioni adeguate rispetto al diritto in formazione; ad esempio nella nota a sentenza *Sindacati*

problemi posti appunto delle complesse trasformazioni economiche, sociali e ora anche giuridiche del mondo attuale.

La coscienza del mutamento e la conseguente disponibilità ad assecondare l'evoluzione del diritto al di fuori della legge, viene a questo punto ponderata nel contesto degli altri profili sistematici individuati come necessari per la gestione dell'ordinamento giuridico attuale.

La posta in gioco diventa rilevante. In dottrina infatti il dibattito, come abbiamo già accennato, in certi casi, batte la strada della attribuzione al giudice di poteri equitativi veicolati dalla discrezionalità riscoperta come dispositivo sistematico. C'è anche un modello di riferimento a cui si guarda con interesse, che appartiene alla tradizione romanistica: il *praetor* ⁽²⁵⁸⁾.

Questo orizzonte, nella visione di Brugi, è però non condivisibile. Pur riconoscendo le potenzialità sistematiche di quella istituzione romana ⁽²⁵⁹⁾, Egli ritiene che sarebbe un errore forzare il dato

leciti, cit., p. 280, in materia di sindacati industriali, egli invita giureconsulto e giudice "a guardare con favore questa determinazione casistica, che è una correzione necessaria delle astratte norme giuridiche". Similmente nella nota a sentenza *La cosiddetta responsabilità oggettiva*, cit., p. 249, riguardo alla determinazione dei nuovi confini della responsabilità civile afferma: "forse anche qui è meglio lasciare le discussioni intorno alle formole e tener dietro alla pratica con i suoi ineluttabili bisogni. La formola verrà poi". Questo Brugi, come osserva G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 392, "non esente dal fascino della Scuola del diritto libero può, quasi in un segno di resa dei tentativi sistematici e armonici della dottrina ottocentesca", invitare a rinunciare alle discussioni dottrinali.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. V. MICELI, *Sul principio di equità*, cit., p. 89, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., pp. 88-92, L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 18, C. CAVAGNARI, *Nuovi orizzonti del diritto civile*, cit., p. 430. Lo sguardo rivolto alla figura del *praetor* romano e al giudice inglese è un tratto presente anche nella stessa *Freirechtsbewegung*; si pensi a GNAEUS FLAVIUS (H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, (Heidelberg, 1906), ora in H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, a cura di T. Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1962, pp. 34-39, in partic. pp. 34-35.

⁽²⁵⁹⁾ Nel saggio *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 430-432, si illustra la figura del Pretore romano, se ne sottolineano i pregi e si spiega come quel "benefico arbitrio pretorio" sia stato utile per adattare il diritto alla società; ma in conclusione si constata come un simile istituto non si possa impiegare con successo, stante l'attuale senso moderno di legalità. La convinzione di non poter impiegare il modello del *praetor* nel mondo attuale, seppure con accenti diversi, è costante in Brugi; cfr. *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p.

dell'esperienza giuridica attuale con la riproduzione di un senso giuridico antico che non appartiene più al senso moderno della legalità ⁽²⁶⁰⁾. Al fine di non distruggere l'attuale ordine giuridico, punto irrinunciabile per stabilire il modo in cui il giudice deve cooperare per il superamento delle lacune, è prendere le mosse dalle indicazioni del legislatore ⁽²⁶¹⁾.

Da qui discende l'idea di puntare sull'art. 3 del c.c. disp. prel., per definire l'ambito di azione dell'interpretazione giudiziale. I principi generali, brugianamente intesi, sembrano, in effetti, quasi proporsi come una piattaforma alternativa alle derive equitative che questi discorsi tendevano a prendere ⁽²⁶²⁾. Essi infatti operano per completare il diritto positivo dilatando la sua portata alla sua dimensione (e premessa) storica, evitando con ciò lacune e inadeguatezze contenutistiche, che possano impedire al magistrato di offrire una giusta soluzione delle controversie. Contemporaneamente tali principi operano nella misura in cui il codice non li escluda e sono una nozione oggettiva (anche se non positivamente ma scientificamente parlando). È questo che distingue i principi generali dall'equità ⁽²⁶³⁾.

Con la presenza nel nostro ordinamento dell'art. 3, insomma, l'interpretazione giudiziale non può mai trasformarsi in una inter-

248, *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 168, *Le cause intrinseche della universalità del diritto romano*, cit., p. 16.

⁽²⁶⁰⁾ In *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31, il suo punto di vista è esposto con chiarezza: “Dobbiamo ancora trovare il miglior modo di render facili le opportune mutazioni del diritto privato. Certo si è che all'antico senso giuridico per cui il cittadino romano gradiva che il magistrato attaccasse le norme del vigente diritto e le addolcisse o le facesse crollare, si è sostituito in noi un senso di legalità che non ci fa vedere garanzia di giustizia se non nello stare stretti alla legge”. È altrettanto esplicito in *Logica di leggi e logica di scienza*, cit., p. 168: il *praetor*, “che non pure applicava, ma suppliva e correggeva la legge, era il più valido artefice del progresso del diritto. Oggi non possiamo neanche lontanamente concepire un magistrato di tal natura”. Si vedano poi le pagine di *Nel regno della filosofia del diritto*, cit., pp. 63-67, — dove critica le opinioni di Falchi e di Miceli, a suo avviso troppo propensi ad aprire le porte all'equità — e *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 161, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452, *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 429-432 *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 248. Cfr. *supra* nota 112.

⁽²⁶¹⁾ *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 452.

⁽²⁶²⁾ *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 248.

⁽²⁶³⁾ Cfr. *supra* paragrafo 4.3.2.

pretazione in disaccordo con la legge; in ogni caso, infatti, di fronte ad una insuperabile contrapposizione tra condizioni di fatto e legge che dovrebbe disciplinarle “non resta che sollecitare l'intervento del legislatore” (264).

Emergono dunque due profili contrapposti: la esplicita propensione a superare i lacci del diritto positivo convive con la altrettanto esternata prudenza ad abbandonare la strada maestra della legalità. Non si tratta però di una antinomia irrisolta.

Per dare concretezza alla sua idea di “restare interpreti del Codice senza schierarci neppure ciecamente fra coloro che hanno ormai il motto: oltre il codice ma per mezzo di esso” (265), Brugi guarda ad una esperienza europea in cui trova attuati esiti di percezioni molto vicine alle proprie: il Codice civile svizzero del 1907. Con esso infatti, nel realizzare il risultato della codificazione, si metteva in opera un meccanismo sistematico di segno ‘giusliberista’. Ci riferiamo al famoso art. 1 dell'*Einleitungstitel* che, per chiudere l'ordinamento, prevede il *Richter als Gesetzgeber*. Sappiamo quanto quella norma costituisse, in quegli anni, un punto di riferimento per tutti coloro che non riconoscessero il dogma della completezza del diritto positivo (266). Essa rappresenta per quei giuristi la conferma di una praticabilità concreta delle proprie teorie innovative ed è per questo oggetto di svariate interpretazioni: alcuni

(264) *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 31. Si osservi ad esempio il suo ragionamento riguardo alla questione degli effetti civili del matrimonio religioso. È evidente, riflette Brugi in *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, cit., pp. 436-440, che in questo campo la legge viene oggi aggirata sotto diversi rilevanti aspetti: obblighi verso i figli, divieto di concludere nozze per precedente matrimonio, godimento di lucri e pensioni dipendente dalla condizione di celibato, divieto di donazione fra coniugi [p. 436]. Per questo avverte la necessità che cessi di essere “non esistente un atto che per la religione dello Stato e la coscienza popolare [...] distingue le mille miglia il matrimonio dal concubinato”. Tale adeguamento non può compiersi solo con i mezzi della giurisprudenza giudicante. Il superamento completo del problema si può avere solo con una nuova legislazione [p. 439].

(265) *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 167.

(266) Cfr. P. CARONI, *Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*, cit., p. 276 e dello stesso, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, cit., pp. 80-81. Questo denominatore comune è ben visibile nella lettura proposta da G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 247: “Il progetto di codice Svizzero pone principi generali in armonia colle esigenze sociali, lasciando alla giurisprudenza la cura di sviluppare nel senso dell'evoluzione sociale stessa, le conseguenze pratiche dei principi sociali consacrati dalla legge”.

la collocano negli orizzonti storicistici della scuola storica, altri in quello riemergente del diritto naturale, altri ancora vi indicano la traduzione legislativa dei radicali programmi della *Freirechtsbewegung* ⁽²⁶⁷⁾. Anche il nostro Brugi prende parte all'opera di 'travisamento' strumentale dell'art. 1 disp. prel. del codice civile svizzero ⁽²⁶⁸⁾.

Per lui quella norma è la formalizzazione di una dinamica sistematica che descrive il livello di convivenza, storicamente necessario e concretamente realizzabile, tra diritto positivo e attività giudiziale. Essa non appare portatrice di novità inconciliabili con la legalità attuale, piuttosto esprime "antiche verità che noi dimentichiamo o di cui siamo inconsapevoli", le quali mostrano la legge prodotto storico in divenire ⁽²⁶⁹⁾. In tale soluzione si chiarisce come, — nel contesto di un sistema giuridico costruito armonicamente sulla base di dinamiche diverse della produzione giuridica —, il giudice operi continuando l'azione del legislatore senza però porsi rispetto ad esso in funzione concorrenziale, sottolineando anzi la

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. P. CARONI, *Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907*, cit., p. 278, il quale ricorda anche come in realtà l'art. 1 *Einleitungstitel* del ZGB svizzero, nelle intenzioni dello stesso Huber, rispondesse anzitutto ad esigenze specifiche del progetto di codificazione in Svizzera; in particolare esso doveva servire a recuperare, pur nel quadro di un diritto civile unificato nel codice, "la prassi tacitamente seguita nei Cantoni". È interessante, dal nostro punto di vista, porre l'attenzione riguardo non tanto alle effettive valenze dell'idea di *Richter als Gesetzgeber* in Svizzera, quanto alla sua fortuna esterna. Nel travisamento a cui viene variamente sottoposta, si esplicita la cifra dei punti di vista sul superamento del primato della legge.

⁽²⁶⁸⁾ Dobbiamo però anche osservare che Brugi, seppure riconduca la norma del ZGB nel quadro delle sue teorie, non trascura di ricordare le peculiarità 'svizzere' che stanno alla base di quella norma. Egli infatti nel saggio *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 275, sottolinea che l'art. 1 di quel codice serve a consentire che il "fondo storico delle regole cantonali", continui a conservare un suo valore per l'interpretazione e permettere con esso (con quello specifico fondo storico di esperienza, che appartiene a quella specifica realtà) di superare l'incompletezza del diritto positivo.

⁽²⁶⁹⁾ Lo osserva in *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, cit., p. 4: "Dir che nei casi in cui la legge tace il giudice decide come avrebbe deciso il legislatore, fece dapprima venire i brividi a tutti i paurosi del nuovo. Ma asserire quella impotenza delle leggi e il loro continuo rinnovamento e adattamento ai bisogni di ogni giorno per mezzo dell'interprete, prender la parola del legislatore di altri tempi come se fosse parola di oggi son forse novità paurose o non piuttosto antiche verità che noi dimentichiamo o di cui siamo inconsapevoli?"

virtuosa continuità che esiste tra lo svolgersi della creazione del diritto nei suoi diversi momenti e nei diversi luoghi in cui si determina ⁽²⁷⁰⁾.

L'ordinamento italiano, chiuso con l'art. 3 e il rinvio ai principi generali, può essere letto in questa chiave; i principi generali, come abbiamo già visto ⁽²⁷¹⁾, sono con le norme legislative solo in parte enucleati nelle loro conseguenze pratiche; il giudice ha il compito di proseguire questa opera di traduzione del loro potenziale in utilità pratica e necessaria, seguendo l'evoluzione della società senza tradire

⁽²⁷⁰⁾ Tale percezione storicistica dell'art. 1 *Einleitungstitel* del ZGB svizzero, — che lo faceva apparire agli occhi di Brugi 'sostanzialmente uguale' all'art. 3 c.c. disp. prel. (interpretato a sua volta in chiave storicistica) —, è rinvenibile chiaramente nelle pagine finali del saggio *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., dove il Nostro si confronta con la lettura dell'art. 1 del ZGB svizzero proposta in V. ROSSEL, F.-H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot, s.a., pp. 65-66; secondo questi la norma conferisce al giudice "toute liberté d'interroger sa raison, son expérience et sa conscience" consentendogli di applicare "des règles que lui diront sa conception de la justice, son besoin d'équité, son intelligence et sa connaissance de la vie" [p. 65]. Brugi, considera questa opinione solo "a primo aspetto, favorevole a liberare il giudice da quei freni dell'ordine giuridico nazionale". Va tenuto infatti presente come tali affermazioni sono contestualizzate da Rosset e Mentha. Essi in effetti, sottolinea Brugi traducendo letteralmente le loro frasi ("perché meglio non potrei dire!"), tengono a precisare che "così non gli si è voluto aprire la porta dell'arbitrio; gli si domanda di dichiarare la verità del diritto". E aggiunge "il che si riduce a dire che il giudice cerca quella decisione che corrisponde, verosimilmente, all'intenzione del legislatore, se avesse egli stesso formulato una regola anche per quel caso" [p. 274].

Quei giuristi, richiamando il capoverso conclusivo dell'art. 1, inoltre sottolineano come la base, da cui il giudice deve attingere la regola, ispirandosi alle fonti vive del diritto, debba essere costituita dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tale *bewährte Lehre und Ueberlieferung* a cui i giudici devono guardare, continua Brugi, sempre usando fedelmente le parole di Rosset e Mentha, "abbraccia anzitutto la giurisprudenza, ma si estende pure alla tradizione giuridica, essendo quella e questa degne di fare autorità"; questa, è la traduzione normativa della linea programmatica voluta da Huber per il quale "il diritto codificato non doveva essere staccato dalle sue origini", ma doveva poggiare sul proprio fondo storico per essere continuamente attuale [p. 275].

Per concludere la cifra dell'art. 1 *Einleitungstitel* del ZGB svizzero consiste in una saldatura del codice civile (e del diritto positivo in generale) con la propria dimensione storica, la quale lo sostiene e alimenta nei necessari adattamenti giurisprudenziali imposti dalle trasformazioni. Si tratta di qualcosa di qualitativamente diverso dalle aperture in senso meramente equitativo.

⁽²⁷¹⁾ Cfr. *supra* paragrafo 4.3.2, in particolare per le riflessioni svolte nel saggio *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., pp. 264-272.

le scelte del legislatore al livello dei principi guida dell'ordinamento giuridico ⁽²⁷²⁾.

Ne consegue che una norma come quella prevista dal codice svizzero non sia necessaria nel nostro ordinamento semplicemente perché quel tipo di dinamica sistematica (o meglio la dinamica sistematica che Brugi legge nell'art. 1 del ZGB) all'interno della catena di produzione del diritto già esiste ⁽²⁷³⁾. Prevederla servirebbe soltanto a esplicitare qualcosa che è già possibile: "Il nostro giudice fa in molti casi necessariamente ciò che lo autorizza apertamente a fare l'art. 1, ormai famoso, del codice civile svizzero. Il giudice diviene legislatore" ⁽²⁷⁴⁾.

⁽²⁷²⁾ Su questa tesi di Brugi si veda P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 426.

⁽²⁷³⁾ Si legga testualmente quanto afferma in *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, cit., p. 263: "questa norma del codice svizzero non è 'sostanzialmente' diversa dall'articolo 3 citato delle nostre disposizioni preliminari". Così anche in *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 45 nota 9 dell'edizione Milano, Società editrice libraria, 1914.

⁽²⁷⁴⁾ *Sindacati leciti*, cit., p. 275, e continua, "la stessa legge offre un comodo espediente per dar possibilità al giudice di decidere secondo opportuni criteri, come deciderebbe il legislatore se fosse presente". L'occasione per esporre tali convinzioni è data da una sentenza della Corte di cassazione di Torino del 12 luglio 1910, in materia di accordi tra produttori di un determinato genere di merci per tenere uniforme il prezzo e fissarlo sopra un dato minimo stabilito. Qui il codice era insufficiente per chiarire se si configurasse un illecito civile. La Corte stabiliva la liceità di questo tipo di accordi, salvo vi fossero clausole contrarie alla libertà del commercio e perturbatrici dell'ordine pubblico. La cassazione stabiliva anche che il giudice di merito avesse il compito di ravvisare la presenza di tali condizioni di illiceità con "apprezzamento insindacabile". La norma del codice che guidava il giudice nella 'continuazione' dell'opera del legislatore era in questo caso l'art. 1122, che prevedeva l'illiceità della causa del contratto contraria alla legge, al buon costume, all'ordine pubblico. Il legislatore, spiega Brugi, prevede tale formula indeterminata "perché venga determinata, secondo le opportunità, soltanto dall'interprete" [p. 278]. Esplicativa è poi anche la seguente precisazione: "ciò che si fa per i sindacati e le coalizioni industriali è non pure un'opportunità sociale, ma un'imprevedibile necessità del nostro ordine giuridico: questo io volea affermare. E il giureconsulto e il giudice moderno debbono guardare con favore questa determinazione casistica, che è una correzione necessaria delle astratte norme giuridiche. V'è chi crede che i futuri codici progrediranno anche di più in questa generalità delle norme giuridiche: di altrettanto crescerà il bisogno della considerazione casistica. [...] In tanti altri delicatissimi argomenti si deve tenere la stessa via" [p. 280].

Si legga anche quanto afferma in *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 235: "ci si dimentica anche non di rado che il legislatore può limitarsi a rispondere, [...] rimandando ai

Ecco allora che la proposta di Brugi si gioca in due momenti: da un lato dimostrare l'impossibilità di seguire la via di fuga dell'equità; dall'altro lato indicare una strada immediatamente impiegabile nell'ordinamento giuridico italiano, anche senza ricorrere a riforme di articoli chiave rispetto alla caratterizzazione del processo di produzione del diritto.

Come si vede è una strada che tende a superare il formalismo senza fare del giudice il crocevia della evoluzione del diritto e al contempo non escludendolo del tutto. Questo approccio ricorda molte tesi tra quelle circolanti fra i giuristi sensibili al tema del mutamento e non ciecamente prostrati di fronte al dogma della legge. Tuttavia da esse si distingue per un certo profilo peculiare: la tendenza a risolvere il problema delle lacune con la proiezione storicistica dell'esperienza.

Se leggiamo infatti Gian Pietro Chironi, che propone tesi per molti aspetti omogenee a quelle di Brugi — per esempio sul punto decisivo di considerare i principi generali messi nelle mani del giudice come nozioni oggettive —, troviamo però l'idea di una separazione tra principi generali e diritto positivo; essi, rivelati dalla filosofia del diritto, operano “nel silenzio della legge” residualmente all'analogia, nella misura in cui il codice non li escluda ⁽²⁷⁵⁾.

Altro esempio è Leonardo Coviello: si oppone ad un uso dei principi generali ex art. 3 in senso applicativo delle teorie dello scopo pratico della norma e legittimante un operare del giudice *praeter legem*; piuttosto ritiene necessaria, per realizzare l'ammoder-

principi generali del diritto e che in tal caso l'interpretazione del magistrato, si abbia o no il coraggio di paragonarla alla funzione del legislatore, ha tutta l'apparenza di una formula di *gius constituendo*". Tale considerazione segue alla critica di una sentenza della Corte di cassazione di Torino del 1908 su un caso di immissione di rumore. La Corte cassava la sentenza di merito per aver escluso una applicabilità in via d'analogia dell'art. 574 c.c.. Per Brugi quella decisione faceva trasparire l'erronea idea che “la legge sia senza lacune; che il legislatore, opportunamente interrogato, risponda in ogni caso”. Il ricorso ai principi generali invece avrebbe permesso di andare oltre la limitata ricostruzione dei rapporti di vicinato proposta dalla norma del codice, completandola e aggiornandola in riferimento a dinamiche di tipo nuovo e prevedendo nuove idonee modalità di bilanciamento degli interessi in conflitto.

⁽²⁷⁵⁾ G.P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 12. Cfr. *supra* nota 235.

namento del sistema, una riforma proprio dell'art. 3⁽²⁷⁶⁾; omologa è la posizione espressa nel *Manuale* del fratello Nicola, nel quale i nuovi metodi d'interpretazione, tra cui anche quello storico-evolutivo, sono esplicitamente rifiutati, così come si rinuncia a ogni possibilità di ricavare metapositivamente i principi generali previsti dall'art. 3; l'alternativa è un'altra, è *de iure condendo* e consiste nella attribuzione *ex lege* di poteri equitativi al giudice⁽²⁷⁷⁾.

Si può anche ricordare l'originale posizione di Vincenzo Miceli, il quale seppure offre interessanti aperture circa la evoluzione che interessa gli stessi principi generali, tuttavia conclude che in base all'art. 3 c.c. disp. prel. essi devono essere desunti dall'ordinamento positivo⁽²⁷⁸⁾; correlativamente però riconosce alla equità uno spazio rilevante⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁶⁾ L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 239. È il ragionamento che abbiamo ricordato già *supra* nella nota 244.

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., pp. 88-92; Nicola Coviello è un giurista sensibile alle istanze di modernizzazione del diritto; eppure per lui un punto programmatico non può essere trascurato: "finché la legge non conferisca al giudice il potere del pretore romano *supplendi corrigendi iuris civilis*, l'unico sistema possibile d'interpretazione sarà quello logico" [p. 92]. In materia di principi generali la posizione espressa è molto formalista: è da rifiutarsi l'interpretazione dei principi generali come diritto naturale e razionale, morale, sociale, ma anche come principi di diritto romano o comune intesi come *ratio scripta*; i principi generali "altro non possono essere che i principi fondamentali della stessa legislazione positiva" [pp. 86-87]. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, pp. 47-48, e pp. 75-76.

⁽²⁷⁸⁾ V. MICELI, *I principi generali del diritto*, cit., pp. 35-36, precisa che se è vero che ogni sistema è in formazione "ciò non toglie che, ad ogni tappa del suo sviluppo formativo costituisca un tutto completo, formalmente parlando, da cui possano desumersi i principi generali, che l'informano". Ricorda infatti che il legislatore albertino scelse tra le possibili espressioni quella meno equivoca; le altre (principii di diritto naturale, ragion naturale, principii di equità) avevano "tutte qualcosa di confuso e potevano permettere l'infiltrazione di elementi extragiuridici nel dominio del diritto positivo".

I principi generali intesi come principi generali del diritto positivo non sono per questo, continua Miceli, *Ibidem*, pp. 38-42, "qualche cosa di fisso e di cristallizzato". Essi si evolvono con il sistema stesso. "Il sistema non vive nelle carte stampate [...] esso vive sopra tutto nelle coscienze e quindi non può non riflettere le trasformazioni, che in queste operano". L'interprete coglie tale "spirito nuovo" che "insinua nuovi elementi". Avendo come base il diritto vigente, l'interprete è "illuminato" da questo "diritto naturale". In sostanza "il diritto positivo assorbe gli elementi vitali da tutte le parti del suo organismo; quindi non solo per opera degli organi legiferanti, ma anche per mezzo

C'è poi Alberto Asquini. Egli esplicita la sua teoria proprio attraverso quell'articolo del codice, inteso restrittivamente; come abbiamo visto, non intende infatti prescindere da una "teoria positiva sui principi generali"; nel concepirli in senso formalistico, dimostra la necessaria insufficienza che essi presentano per il completamento del sistema. La soluzione che propone consiste nel postulare "un principio generale di chiusura del sistema", costituito dal rinvio alla natura dei fatti e nel descrivere un giudice che opera nei "vuoti del sistema positivo", pur rispettandolo ⁽²⁸⁰⁾.

In questo ventaglio di teorie è presente, seppure con modalità e accenti diversi, una considerazione dell'attività del giudice sempre in termini di separazione e concorrenza (seppure fisiologica) con il diritto legale. Ciò, se vogliamo, si traduce in una difesa della legalità ⁽²⁸¹⁾, intesa nei suoi caratteri formali e formalistici, molto più di quella 'ostentatamente' ribadita dal nostro Brugi.

dell'azione di quelli che governano e di quelli che giudicano e in genere per opera di tutti coloro che osservano e si muovono entro l'ambito delle sue norme". Qui fa cenno all'idea degli "organi respiratori del diritto positivo". In esso agisce "il diritto naturale che si va formando nelle coscienze, che vive in queste e per queste". "E al sistema il giurista deve sempre rimanere attaccato, per non essere lanciato negli spazi e non essere attratto da altri corpi e cadere in balia di altre forze, che in questo caso possono essere gli interessi egoistici, le passioni, le idee preconcepite, le opinioni subbiettive e le aberrazioni del senso giuridico".

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. *supra* nota 234, V. MICELI, *Sul principio di equità*, cit., p. 89.

⁽²⁸⁰⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, cit., pp. 19-20. Si vedano anche le pp. 6-7. La giustificazione sta nel fatto che l'ordinamento deve "dar modo al giudice di giudicare in ogni caso possibile secondo una norma giuridica e deve quindi contenere i mezzi diretti o indiretti per chiudere ogni possibile lacuna". Questo principio "non può in alcun caso intaccare il sistema del diritto positivo [...] la normale espansione logica delle norme positive mediante il metodo analogico; perché esso è chiamato ad operare solo nei vuoti del sistema positivo".

⁽²⁸¹⁾ È un tratto, questo, rilevato da P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in *Quaderni fiorentini*, 1991, pp. 29-36, anche nel pensiero di Gény; la sua relativizzazione colpisce la vecchia mitologia delle fonti e riduce le fonti formali "a un rango strumentale; come tali, subordinate alla realtà complessa e mutevole che esse sono chiamate ad esprimere". Tuttavia "tiene a mantenere un ruolo non minimo a legge legislatore" [p. 29]. Ciò che rende in ultima analisi Gény "un legalista" [p. 35], è proprio l'approccio tendente a una "interpretazione restrittiva del testo normativo"; "la legge va rispettata per ciò che espressamente volle; per ciò che non volle e non prevede, per ciò che volle e prevede in modo incerto o vago o comunque opinabile e controvertibile, non può non esserci spazio per altre fonti". Cioè consuetudine, giurisprudenza pratica, libera ricerca scientifica.

Egli ci parla invece di un giudice, che contribuisce alla riforma del diritto alla riscoperta del suo valore pratico e attuale, non essendo separato dall'ordine giuridico legale; vi è infatti del tutto immerso e non per una cieca obbedienza al dogma della legge; il giudice di Brugi è coerente al sistema della legalità, perché in un certo senso ne fa parte, costituendo un meccanismo del suo divenire ⁽²⁸²⁾.

Nel suo complesso, dunque, la posizione di Brugi, che sceglie esplicitamente (ma nel modo peculiare che abbiamo fin ora descritto) la legalità, appare molto più capace di 'relativizzazioni' di

Questo tratto, continua Grossi, lo distingue da personalità a lui vicine come Buelow, Kohler, Stampe, Saleilles, Cimbali, Gabba, Simoncelli, [e noi potremmo aggiungervi anche Brugi] i quali piuttosto relativizzano la legge riducendola ad "un vaso vuoto che la vita successiva alla promulgazione si premura di riempire" [p. 36]. Cfr. *supra* nota 210.

⁽²⁸²⁾ Ovviamente non possiamo affermare che si tratti di un punto di vista esclusivamente espresso da Brugi. Ci sono nel vasto dibattito, dentro al quale si svolge la vicenda intellettuale di Brugi, altri giuristi che manifestano sensibilità di questo tipo. Possiamo trovarla ancora una volta in V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 60, dove si parla di un giudice che ha il compito di svolgere una dottrina progressiva, colmare le lacune del diritto positivo, sviluppando "quei germi che in un dato testo di legge stanno racchiusi e sbocciano, per così dire, al contatto e in rispondenza a circostanze e bisogni nuovi della vita reale. [...] sempre che si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge ma di progressiva sua esplicazione".

Questa diversa impostazione del discorso conduce, a nostro avviso, a due differenti prospettive di politica legislativa. Mentre posizioni come quelle di Polacco o di Brugi possono affrancarsi da aperture deflative verso giurisdizioni speciali con poteri equitativi, le altre conducono invece a vedere in esse la possibile via d'uscita ai limiti del diritto positivo in vigore. Lo si vede nel modo diverso con cui guardano a magistrature come i Probi Viri. V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., pp. 60-61, ad esempio loda certi interventi dei collegi di Probi Viri che consistono nell'usare costruttivamente il dato legislativo trovando in esso stesso la risorsa per la sua attuazione, lavorando sugli "organi respiratori" che consentono al corpo delle leggi di "alimentarsi di sempre nuovo ossigeno" (es. buona fede, ordine pubblico); censura invece l'operato di quei magistrati quando, comportandosi come pretori romani, calpestano il diritto vigente. Viceversa L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 22, vede nei Probi Viri (ma parla anche delle giurisdizioni amministrative e del loro potere di sindacato per eccesso di potere) e nel loro speciale giudizio di equità un esempio di ciò che si potrebbe fare: concedere legislativamente al giudice maggiori poteri equitativi "per alcuni diritti in formazione" e cioè "una funzione quasi legislativa".

Questi profili impliciti ma decisivi negli orientamenti che si delineano intorno al tema delle giurisdizioni di equità sono sul piano dell'accertamento storiografico ancora da chiarire.

quanto non lo fossero le teorie più aperte in tema di equità, ma che ne ricavavano la rilevanza solo attraverso una conferma del carattere formale del sistema di produzione di diritto (283). La sua prospettiva, non molto diversamente dai suoi amati giuristi medievali, consisteva nell'affrontare il problema dell'adeguamento con la riconversione del sapere e dell'ordine giuridici in una dimensione autenticamente sapienziale, trascinando con sé ciò che di irrinunciabile restava nell'esperienza della legalità contemporanea. Il programma non era in effetti destinato a realizzarsi; la sua effettiva potenzialità poteva consistere non tanto nel trasformare quanto nel comprendere.

(283) Sembra accorgersene N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 92, mentre sta per spiegare che la via d'uscita può essere solo l'attribuzione legislativa di poteri equitativi al giudice: "il metodo evolutivo poi è quello che più degli altri s'ammanta d'ipocrisia, perché mentre propugna il rispetto della legge, la conculca; dacché riduce la legge a una cornice in cui qualunque quadro può farsi rientrare, a una formula algebrica, in cui alle lettere possono farsi corrispondere i numeri che si vogliono, a una parvenza destituita di sostanza!".

Brugi dedica al Manuale di Coviello una *Recensione* in *Il Filangieri*, XXXV, 1910, pp. 395-395. Non replica sul punto. "Ciascuna pagina del Coviello mostra che egli ha lungamente meditato prima di esporre il suo pensiero. Io non voglio qui fare delle polemiche intorno agli argomenti in cui discordo dall'A.: le polemiche, quasi sempre inutili, lo sono del tutto in una recensione". Prevalgono le lodi e la sottolineatura dei numerosi pregi rinvenuti in quel volume. In realtà, pur nella costruttiva diversità di punti di vista (anche fondamentali) sulle soluzioni, questa generazione di giuristi è cosciente di muoversi in un orizzonte condiviso e di essere portatrice di nuove comuni consapevolezze.

STEFANO MANNONI

SICUREZZA COLLETTIVA E MUTAMENTO
NELLA COMUNITÀ INTERNAZIONALE:
L'EREDITÀ DELLA 'SOCIETÀ DELLE NAZIONI'

1. L'individuo e il diritto internazionale. — 2. Le fonti del diritto internazionale si schiudono ai "principi generali". — 3. La lotta contro la "competenza esclusiva" degli Stati. — 4. Guerra e sicurezza collettiva. — 5. "Pacta sunt servanda" e "peaceful change": una tensione irrisolta. — 6. Una Dottrina Monroe tedesca.

Chi aveva sperato che la caduta del Muro di Berlino avrebbe segnato l'inizio di una nuova era nel diritto internazionale si è amaramente disilluso. Mai come nei mesi del 2002 nei quali queste pagine sono scritte si è potuto constatare quanto ancora primitivo sia l'assetto della comunità internazionale. Il rapporto tra norma giuridica e potenza è ancora sbilanciato a favore della seconda e l'ordine attraverso il diritto appare più un ideale da conseguire che una realizzazione. Alle Nazioni Unite si addice un'etichetta poco lusinghiera a suo tempo spesa per la Società delle Nazioni: quella di mera "clearing-house" (stanza di compensazione) — altro che "costituzione" e "governo" della *civitas maxima*! Questa presa d'atto invita a ripensare in termini diversi da quelli consueti proprio l'eredità della Società delle Nazioni: non un'anticaglia coperta da uno spesso strato di polvere, bensì l'inizio di una congiuntura da cui — ahimé! — non siamo ancora usciti. La continuità sembra quindi il paradigma appropriato, a dispetto della opposta convinzione di tutti coloro che — per monumentale ignoranza del dato storico — sono persuasi del contrario.

Le falle del sistema di Ginevra sono note: l'ipertrofia della deliberazione all'unanimità, la mancata definizione della nozione di aggressore, lo spazio lasciato alla discrezionalità degli Stati nella messa in opera delle sanzioni, l'incompletezza delle procedure di

soluzione delle controversie, l'inadeguatezza del meccanismo di revisione dei trattati. Meno conosciuto è il dibattito fiorito in quegli anni in una scienza giuridica interamente consapevole della sua missione e dotata di un retroterra culturale che oggi appare un pallido ricordo.

Il senso di queste pagine è appunto quello di tributare un omaggio all'epico sforzo di questi studiosi di trovare un equilibrio durevole tra diritto e potenza all'insegna di un ordine pacifico e mutevole allo stesso tempo.

Passerò pertanto in rassegna alcuni temi che meglio condensano la direzione di questo impegno e ne esaltano il contributo dei protagonisti, facendo anche risaltare il profilo dei loro avversari — che pure vi sono stati, e formidabili.

1. *L'individuo e il diritto internazionale.*

Non è ozioso cominciare col ricordare che la prima proposta articolata di istituzione di una Corte penale internazionale per la repressione dei crimini di guerra risale agli anni Venti. Non si trattava affatto di una sortita eccentrica, bensì di una tessera del più ampio mosaico di un diritto internazionale che cessasse di costituire il monopolio degli Stati sovrani per divenire la grammatica di tutti i soggetti interessati alla sua azione: anche degli individui, quindi.

Tradizionalmente il diritto internazionale era stato concepito come circoscritto, quanto ai soggetti, ai soli Stati. Ma le disposizioni postbelliche sulle minoranze sembravano per la prima volta aprire uno spiraglio a favore della titolarità di diritti da parte dei singoli individui. Alcuni trattati, come quello polacco, consentivano in effetti alle minoranze di rivolgersi direttamente alla Società delle Nazioni. Queste clausole, almeno a giudizio di alcuni studiosi, creavano “en faveur de certains individus des droits garantis et sanctionnés internationalement”.

Facendo astrazione dalla sempre incombente tentazione del giudizio col senno di poi, non si può non convenire con la serietà dell'analisi di Mandelstam quando asseriva: “le droit ainsi créé peut être qualifié comme un véritable *droit humain* limitant la souveraineté de l'État au profit de l'individu. Les traités de minorités ont

créé un *fonds juridique commun de l'humanité*, soustrait à l'arbitraire des États" (1).

Il fatto che la Seconda Guerra Mondiale sia scoppiata proprio sul terreno della protezione delle minoranze nazionali — Danzica per tutte — non toglie nulla al valore di questo approdo.

2. *Le fonti del diritto internazionale si schiudono ai "principi generali"*.

I principi generali del diritto riconosciuti dalla nazioni civili sono uno dei temi prediletti del dibattito nel corso degli anni Venti e Trenta. La categoria aveva ottenuto il crisma della consacrazione normativa per la prima volta nello statuto della Corte permanente di giustizia (art. 38). Il colpo assestato alla dottrina positivista sembrava dei più duri. Il giusnaturalista Le Fur poteva ora rilevare che erano i positivisti a contraddirsi quando insistevano tenacemente a ridimensionare una fonte di cui proprio la pratica arbitrale attestava il cospicuo successo (2). Si faceva notare che persino nel caso *Lotus* la Corte permanente di giustizia, pur sostenendo che le limitazioni alla sovranità statale dovevano essere provate, non aveva affatto escluso la possibilità "que la limitation de l'autorité d'un Etat puisse être fondée sur un principe de droit international, même lorsque l'application du principe dans le cas concret n'a pas son fondement dans une disposition conventionnelle ou une règle positive du droit coutumier" (3). Come esortava Verdross, uno degli studiosi più attenti della questione, "il est nécessaire de pénétrer jusqu'aux idées générales se trouvant à la base des diverses règles positives et de se demander si elles peuvent être appliquées aussi dans le domaine international" (4). Questi principi generali dedotti dal diritto interno

(1) A. MANDELSTAM, *La généralisation de la protection internationale des droits de l'homme*, in *Revue de droit international et de législation comparée* (d'ora in poi R.D.I.L.C.), 1930, p. 299.

(2) L. LE FUR, *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*, in AA.VV., *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, 1935, t. III, p. 371.

(3) F. CASTBERG, *La méthodologie du droit international public*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (d'ora in poi R.C.), 1933, p. 350.

(4) A. VERDROSS, *Les principes généraux du droit applicables aux rapports interna-*

(*in foro domestico*) andavano peraltro accuratamente distinti dai “principi generali del diritto internazionale” che erano invece ricostruiti *all'interno* di quella specifica disciplina del sapere giuridico⁽⁵⁾. Mentre i secondi erano ricavati dalla prassi degli Stati, di cui costituivano il minimo comun denominatore, i primi discendevano dalla ragione quale asseverata da tutti i saperi giuridici e da tutti gli ordinamenti statali. La migliore prova della loro esistenza era la giurisprudenza che dimostrava come questi principi “ne sont pas seulement valables pour la Cour permanente de justice internationale, mais aussi pour les autres instances internationales de juridiction”⁽⁶⁾. Ciò che dal canto suo confermava Lauterpacht per il quale “there is a customary rule of international law to the effect that rules of law otherwise independent of custom and treaty are to be regarded as binding in individual cases”⁽⁷⁾.

Nel caso di Verdross l'ammissione di questa fonte non era affatto problematica poiché rientrava senza difficoltà in un sistema come il suo schiettamente giusnaturalista⁽⁸⁾. Si trattava in effetti di quell’“irréductible droit naturel” caro a Gény che anche Charles de Visscher contribuiva a rimettere in valore negli anni Trenta⁽⁹⁾. Per lo studioso belga era ovvio che l'ammissione dei principi generali riconosciuti dalle nazioni civili “implique l'abandon du point de vue

tionaux, in *Revue générale de droit international public* (d'ora in poi R.G.D.I.P.), 1938, p. 49.

⁽⁵⁾ « Une analyse plus approfondie de la question m'a convaincu de la nécessité de distinguer “deux catégories” de principes généraux:

1) des principes se trouvant “à la base” du droit conventionnel et coutumier, principes dont l'existence est “déjà supposée” par les conventions et la coutume; 2) des principes reconnus “d'abord” par le droit “interne” des nations civilisées et appliqués ensuite par “analogie” aux rapports internationaux » (*Annuaire de l'Institut de Droit international, session de Luxembourg, août-septembre 1937*, Bruxelles, 1937, p. 185). Questa classificazione ha conosciuto un successo a tutt'oggi attestato dalla manualistica (vedi per tutti P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 315-316).

⁽⁶⁾ A. VERDROSS, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*, in R.C., 1935, p. 232.

⁽⁷⁾ H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927, p. 63.

⁽⁸⁾ B. SIMMA, *The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 49.

⁽⁹⁾ Ch. de VISSCHER, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, in R.D.I.L.C., 1933, p. 401.

strictement positiviste” (10). Siffatti principi, che appartengono al “fonds d'idées qui est commun à toutes les disciplines juridiques”, permettono di utilizzare l'*analogia juris* come strumento per ricostruire la razionalità del sistema, attingendo alle risorse tecniche di tutti i campi del sapere giuridico (11).

La vera posta in gioco era del resto proprio questa dell'uso dell'analogia da parte del giudice per colmare le lacune del diritto internazionale. Lauterpacht, tra i più ferventi sostenitori di un superamento del letto di Procuste positivista, dichiara senza mezzi termini che persino nel diritto internazionale “*ultimately there are no gaps in the law either from the jurisdictional (i.e. formal) or the material point of view*” (12).

E tuttavia questa apertura di credito all'analogia è lungi dal fare scuola — a ragion veduta. Al di là delle riserve teoriche avanzate dagli alfiere del positivismo, era la stessa prassi degli Stati a invitare alla prudenza. L'idea era tanto seducente quanto pericolosa per le reazioni che avrebbe potuto innescare sulle già suscettibili e diffidenti cancellerie, assai poco propense ad ipotecare sull'altare della giustizia internazionale interessi giudicati vitali o lo stesso prestigio nazionale. Lo capisce bene Karl Strupp il quale, in nome della maggioranza dei colleghi, metteva in guardia contro il vaso di Pandora dell'analogia, emettendo un verdetto ancora oggi considerato valido: “*pour le domaine du droit des gens l'analogie est exclue en principe*” (13).

3. *La lotta contro la “competenza esclusiva” degli Stati.*

Lo Stato di diritto lottava ormai da mezzo secolo per assoggettare alle sue maglie anche la competenza “esterna” degli Stati. Ricordava Walter Schücking, uno degli apostoli dell'organizzazione internazionale e del pacifismo, che “*l'idée du droit exige que l'État*

(10) *Ibidem*, p.405.

(11) *Ibidem*, pp. 410-411.

(12) H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 134.

(13) K. STRUPP, *Le droit du juge international de statuer selon l'équité*, in R.C., 1930, p. 453.

se soumette à un ordre juridique clair, non seulement dans sa vie intérieure — dans le domaine du droit public et administratif - mais aussi dans sa vie extérieure” (14).

La sovranità, sempre la sovranità!

“La souveraineté est comparable à un bijou précieux que chaque État garde soigneusement par amour-propre”, ironizzava amaramente Alf Ross (15). Non così però riteneva la Corte permanente di giustizia che nel caso *Lotus* (1927) ribadisce a chiare lettere il principio positivista della sovranità: là dove non vi è una massima esplicita di diritto internazionale consuetudinario o convenzionale non vi è obbligazione poiché la regola generale è la presunzione di libertà degli Stati (16). “Cette liberté qui apparaît à la majorité de la Cour comme un attribut naturel de la souveraineté étatique”, riassume criticamente Charles de Visscher, “s’appuie sur la conception positiviste qui ne reconnaît comme sources de droit que les règles qui sont directement issues d’une manifestation de volonté expresse ou tacite des États” (17).

Per Kelsen la questione della “competenza esclusiva” degli Stati si spiegava molto semplicemente: se lo Stato è libero di agire a sua discrezione in una materia vuol dire che nessuna norma di diritto internazionale glielo impedisce. Ma questo significa appunto che non esiste nessuna competenza esclusiva *per natura*: è il diritto internazionale che definisce i margini dell’autonomia accordata agli Stati i quali detengono l’autorità *delegata loro* dall’ordine giuridico

(14) W. SCHÜCKING, *Le développement du pacte de la Société des Nations*, in R.C., 1927, p. 420.

(15) A. ROSS, *La souveraineté des États et la Société des Nations*, in *Revue de droit international* (d’ora in poi R.D.I.), 1937, p. 652.

(16) “The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restriction upon the independence of States cannot therefore be presumed” (citato da A. PANDELLI FACHIRI, *The Permanent Court of International Justice*, London, 1932, p. 253).

(17) Ch. de VISSCHER, *Justice et médiation internationales*, in R.D.I.L.C., 1928, p. 75.

sovraordinato — internazionale appunto (18). Partendo da un paradigma diverso (19), anche Georges Scelle ripudiava il concetto positivista di sovranità, tagliando corto sul senso della sempre ricorrente “competenza esclusiva”: “il s’agit de compétences gouvernementales d’ordre international attribuées et réglementées par le Droit international” (20). La competenza esclusiva non sarebbe quindi altro che un potere discrezionale affidato in certe materie ai governanti statali dal diritto internazionale: tutto qui. Sarà il giudice internazionale a decidere se la competenza è davvero così discrezionale come pretende la parte che lo sostiene, o no. È al giudice internazionale che, necessariamente, appartiene la “competenza della competenza”.

Uno dei risvolti della questione della “competenza esclusiva” era ovviamente l’annosa distinzione tra controversie giuridiche — o “giustiziabili” — e contenziosi “politici”, in linea di principio sottratti alla decisione del giudice. Come tracciare la linea di confine? La dottrina mostra una crescente insofferenza verso la pretesa distinzione “ontologica” tra le due categorie. Si faceva strada l’idea che l’“onore” o gli “interessi vitali” non rinviassero affatto a casistiche predeterminabili. Né si credeva più che bastasse invocarli come un talismano per sottrarre automaticamente una fattispecie alla decisione giudiziaria. Si sostiene invece ora che tutti i contenziosi, anche quelli politicamente più sensibili, presentano un lato “giuridico” cosicché “décisive pour la question de savoir si un différend est d’ordre juridique, est la manière dont les parties elles-mêmes posent la question litigieuse” (21). Verrebbe voglia di convenire con il caratteristico sarcasmo di Lauterpacht quando definisce “imbarazzante” “the resignation with which most international lawyers, fully conscious of the juridical unsoundness and confusing effect of

(18) G. MAN, *L’École de Vienne et le développement du droit des gens*, Paris, 1938, p. 74 e, ampiamente, A. RUB, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre*, Zürich, 1995.

(19) Sull’organicismo di Scelle e sulla sua progressiva autonomizzazione dalla lezione di Duguit si veda l’analisi di F. MELLERAY, *Léon Duguit et Georges Scelle*, in *Revue d’histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2000, pp. 45-88.

(20) G. SCELLE, *Critique du soi-disant domaine de « competence exclusive »*, in R.D.I.L.C., 1933, p. 368.

(21) F. CASTBERG, *La compétence des tribunaux internationaux*, in R.D.I.L.C., 1925, p. 166.

the traditional distinction between the two classes of disputes, justify the perpetuation of this distinction on the sole ground that Governments attach importance to it” (22).

Senonché questa teoria dell’interpretazione di stampo “nominalistico” (23) era destinata a rimanere strettamente confinata a pochi isolati pionieri nel corso del ventennio che precede la Seconda guerra mondiale. Posizione nobile e intellettualmente ardita, ma inevitabilmente minoritaria.

C’è da stupirsi? Crediamo proprio di no, non fosse altro per la rischiosa caratteristica di Lauterpacht di coniugare una suggestiva visione dell’evoluzione del diritto con una non meno cospicua mancanza di realismo e di aderenza ai fatti, come se il volontarismo e costruttivismo dei giuristi bastasse a mutare il corso della storia o ad alterare i più consolidati riflessi antropologici.

4. *Guerra e sicurezza collettiva.*

Che né la Società delle Nazioni, né il patto Brian-Kellogg, vietassero in assoluto la guerra è qualcosa che ancora oggi viene rimproverato (perché poi?) all’esperienza ginevrina. Come ricordava il giurista austriaco Kunz “la guerre existe encore en droit: elle existe d’après le droit des gens général, elle existe sous le régime du Covenant et du Pacte de Paris. Même la guerre illicite est une guerre au sens du droit international. La guerre n’a pas été mise hors la loi. Le droit de guerre est toujours en vigueur” (24).

Il vero problema non era peraltro quello del riconoscimento della guerra, bensì la questione ben più cruciale dei limiti del dispositivo di sicurezza collettiva previsto dal patto della S.d.N. L’art 10 (25) stabiliva il divieto di aggressione ma non definiva in che cosa questa consistesse, né attribuiva al Consiglio poteri coercitivi,

(22) LAUTERPACHT, *The Function of the Law*, cit., p. 435.

(23) Cfr. M. KOSKENNIEMI, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 227.

(24) J. L. KUNZ, *Plus de lois de la guerre?*, R.G.D.I.P., 1934, p. 52.

(25) “Les membres de la Société s’engagent à respecter et à maintenir, contre toute agression extérieure, l’intégrité territoriale et l’indépendance politique présente de tous les membres de la Société. En cas d’agression, de menace ou de danger d’agression, le Conseil avise aux moyens d’assurer l’exécution de cette obligation”.

ma solo una facoltà di “raccomandare” misure. Gli artt. 12, 13, 15 erano indeboliti dalla convinzione degli Stati che spettasse a loro, e solo a loro, di stabilire se fosse stata commessa una violazione del Patto. In due celebri sedute del 27 settembre e del 4 ottobre 1921 era stata del resto la stessa Assemblea della Società ad avvalorare questa interpretazione, sostenendo che “il appartient aux différentes membres de la société de déterminer s’il y a rupture du Pacte” (26). Ancora nel 1938 Paul Guggenheim lamentava la mancanza di una chiara distinzione tra i casi in cui occorreva rivolgersi alla procedura giudiziaria e arbitrale o alla mediazione politica del Consiglio (27). L’art. 15 del Patto (28) era rimasto melanconicamente lettera morta cosicché alla fine degli anni Trenta si poteva parlare di una evoluzione della Società delle Nazioni nel senso di una “non-coercitive League” e in termini di una revisione *de facto* del trattato (29).

Forse — si diceva — sarebbe stato opportuno sforzarsi di ricondurre gli “accordi regionali” che proliferano in quegli anni (come Locarno o la *petite entente* francese) nell’alveo della S.d.N. Sull’importanza degli “accordi regionali” insisteva Bourquin quando faceva presente che solo grazie a queste organizzazioni si poteva sperare di applicare la “contrainte militaire” contro l’aggressore. Georges Scelle si faceva a sua volta portavoce dell’esigenza “de réaliser progressivement l’organisation régionale de la sécurité” (30).

Ottime intenzioni, certo. Ma come integrare concretamente questi accordi nel meccanismo della Società delle Nazioni? A questo

(26) Citata da K. STRUPP, *Éléments du droit international public*, Paris, 1930, t. II, p. 471.

(27) P. GUGGENHEIM, *Conflits juridiques et politiques dans la Société des Nations*, in AA.VV., *La Crise Mondiale*, Zurich, 1938, p. 227.

(28) “If there should arise between Members of the League any dispute likely to lead to a rupture, which is not submitted to arbitration or judicial settlement in accordance with Article 13, the Members of the League agree that they will submit the matter to the Council”.

(29) G. SCHWARZENBERGER, *The States Members of the League and the Reform of the Covenant*, in *The New Commonwealth Quarterly*, 1937, p. 271. Sulla figura e l’opera di questi Autore, rinvio a S. STEINLE, *Völkerrecht und Machtpolitik. Georg Schwarzenberger (1908-1991)*, Baden-Baden, 2002.

(30) G. SCELLE, *Une crise de la Société des Nations*, Paris, 1927, p. 195.

era più difficile dare una risposta nel bel mezzo del ritorno della diplomazia segreta che contrassegna gli anni Trenta ⁽³¹⁾.

Che restava allora della distinzione tra guerra giusta e *ius in bello* presupposta dal Patto della S.d.N? Carl Bilfinger, giurista di simpatie nazionalsocialiste, non aveva dubbi: “nous contestons l’existence d’un principe juridique du *bellum justum*, mais nous ne contestons pas l’existence d’un *jus in bello*” ⁽³²⁾. Era la tesi di Schmitt e, con lui, della scienza giuridica tedesca nazionalista che non si stancava di stigmatizzare l’insopportabile ipocrisia delle guerre “moralmente” o “giuridicamente” giustificabili ⁽³³⁾. A conti fatti, persino giuristi moderati potevano tranquillamente affermare che il tramonto dell’inefficace e illusorio sistema di sicurezza collettiva della Società delle Nazioni non meritava di essere compianto e che appariva senz’altro più sicuro tornare alla vecchia e collaudata diplomazia bilaterale ⁽³⁴⁾.

5. “*Pacta sunt servanda*” e “*peaceful change*”: una tensione irrisolta.

Kelsen, nel suo sforzo di “riscrittura” dello Statuto della SDN sottolinea l’assurdità della formulazione dell’art. 10: esso si limitava a prevedere l’ipotesi di un’aggressione che abbia come scopo quello di alterare lo *statu quo* territoriale. Eppure non tutte le “aggressioni” perseguono ufficialmente questo fine e inoltre “tant que l’aggression n’a pas pris fin, il n’est guère possible de constater si elle tend à une modification durable du *statu quo*” ⁽³⁵⁾. Ma ancora più grave era la constatazione che esso non affidava a nessun organo il potere di determinare in modo vincolante l’esistenza di un’aggressione: “en

⁽³¹⁾ M. BOURQUIN, *Rapport final*, in AA.Vv., *La sécurité collective*, Paris, 1936, p. 467.

⁽³²⁾ C. BILFINGER, *Les bases fondamentales de la communauté des États*, in R.C., 1938, p. 146.

⁽³³⁾ L’“effetto Versailles” sulla scienza giuridica tedesca è illustrato da M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914-1945*, München, 1999, p. 86 e sgg.

⁽³⁴⁾ A. de LA PRADELLE, *La transformation de la notion de sécurité collective*, in R.D.I., 1939, p. 409.

⁽³⁵⁾ H. KELSEN, *Contribution à l’étude de la révision juridico-technique du statut de la Société des Nations*, in R.G.D.I.P., 1938, p. 12.

effet, aucun organe particulier, distinct du membre de la Société appelé à maintenir l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de l'Etat attaqué, n'est chargé de décider s'il y a agression, menace d'agression ou danger d'agression" (36). Il Consiglio non disponeva infatti di questo potere vincolante, ma solo dell'autorità di raccomandazione ai membri ("aviser" in francese) (37). In conclusione, "cet article n'institue qu'une obligation morale". La sua proposta di riformulazione rispondeva a entrambe le esigenze. Peccato che all'epoca fosse inevitabilmente soltanto un progetto da tavolino destinato a fruttificare solo nel 1945 con la creazione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. (38)

Anche questa riforma, se accolta, non sarebbe comunque bastata. Il problema decisivo appariva quello della conciliazione tra l'art. 10 del Patto — difesa contro l'aggressione e garanzia territoriale — e l'art. 19 — possibilità di revisione dei trattati (39). Non si poteva opporre impunemente un *fin de non recevoir* alle aspirazioni revisioniste che scuotono tutta l'Europa. Sennonché era parso subito evidente che se da una parte non vi era coordinamento tra i due articoli, dall'altra la formula stessa dell'art 19 (che faceva riferimento ai trattati divenuti "inapplicabili" e a "condizioni internazionali" pericolose) appariva lacunosa e insufficiente (40). Come rimediarsi? Semplice, almeno in astratto: "le moyen de renforcer l'Article 19

(36) *Ibidem*, p. 16.

(37) "In case of any such aggression or in case of any treat or danger of such aggression the Council shall advise upon the means by which this obligation shall be fulfilled".

(38) Vale la pena riprodurre il lucido testo di Kelsen: "2. les Membres de la société sont tenus en outre de se prêter mutuellement assistance contre toute action — et même en cas de simple danger d'action — entreprise ou favorisée de l'extérieur, qui vise à changer par la force le statut territorial ou à violer par le même moyen l'indépendance politique d'un membre. Il sont tenus en outre de ne reconnaître aucune situation créée par une telle action et de tout faire pour rétablir la situation antérieure. 3. Le Conseil décide dans chaque cas si, et de quelle manière, les obligations stipulées au paragraphe 2 du présent article doivent être exécutées" (*op. cit.*, p. 28).

(39) Secondo l'art. 19 "the Assembly may from time to time advise the reconsideration by Members of the League of treaties which have become inapplicable and the consideration of international conditions whose continuance might endanger the peace of the world".

(40) G. Le BRUN KERIS, *Les projets de réforme de la Société des Nations et le développement du pacte*, Paris, 1939, p. 154.

sans doute le plus simple serait de supprimer la règle de l'unanimité" (41). La difficoltà era stata denunciata con forza da le Fur e La Pradelle quando, in un'importante opera collettiva, avevano insistito sull'abbandono tanto dell'unanimità — "le joug anarchique du *liberum veto*" — quanto del principio pernicioso "uno Stato, un voto": "l'égalité absolue des Etats est une de ces idéologies *a priori* aussi fausses que la souveraineté absolue" (42). Permettere la revisione pacifica dei trattati: va bene, ma come? Kunz, allievo di Kelsen (43), parlava a proposito dell'art. 19 di una "undiscovered land of international law" (44). Come creare una "dinamica" del diritto internazionale che assicuri l'evoluzione nella convivenza pacifica? Kunz accusa i trattati stipulati sotto l'egida della Società delle Nazioni — e in particolare su impulso francese — di tradire uno spirito "antid dinamico", rendendo oltremodo ardua la revisione dello *statu quo*. Per l'autore era urgente superare questo stallo ed elaborare un meccanismo di revisione più efficace di quello previsto dall'art. 19 e meno pericoloso della sempre incombente *clausula rebus sic stantibus*. La quale *clausula* d'altronde, ad autorevole giudizio di Maurice Bourquin, "ne possède point, dans l'état actuel des choses, la consistance d'une règle de droit" (45).

Non la pensava ovviamente così Carl Bilfinger, vicino a Schmitt e, come si è già detto, giurista di simpatie nazionalsocialiste: "étant donné que dans le domaine du droit politique, l'existence, la force, les questions vitales, les réalités, dominant, il est bien évident que ces circonstances et la possibilité de leur modification jouent également un rôle correspondant comme Parties intégrant immanentes des *pacta politica*". Detto in breve: "*Imperii salus summa lex est*" (46).

(41) *Ibidem*, p. 164.

(42) L. Le Fur, A. de La Pradelle, *La prévention de la guerre*, in AA.VV., *La sécurité collective*, cit., p. 223.

(43) Per un'accurata analisi della scuola di internazionalisti che fiorisce intorno a Kelsen, rimando a J. von Bernstoff, *Der Glaube and das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden, 2001.

(44) J. L. Kunz, *The Law of Nations, Static and Dynamic*, in *American Journal of International Law*, 1934, p. 642.

(45) M. Bourquin, *Stabilité et mouvement dans l'ordre juridique international*, in R.C., 1938, p. 406.

(46) Bilfinger, *op. cit.*, p. 216.

Non solo: al cospetto di un art. 19 manifestamente incapace (a causa del principio di unanimità) di operare il cambiamento pacifico, “la clause *rebus sic stantibus* constitue le seul moyen juridique, généralement reconnu, que nous ayons à notre disposition pour établir le compromis nécessaire entre le principe rigide du *statu quo* et le principe du « développement éternel et continu » d’une situation donnée” (47). Proprio in quegli anni la politica estera tedesca stava già provvedendo — dalla militarizzazione della Renania a Monaco — a dare la dimostrazione concreta di come questa dottrina potesse trovare applicazione.

6. Una Dottrina Monroe tedesca.

Alla fine degli anni Trenta gli scenari che si delineano sono dominati dal nuovo corso ideologico che regna a Berlino. A rubare la scena ai medici accorsi al capezzale di una Società delle Nazioni agonizzante è la scienza giuridica tedesca (razzialmente “depurata”) che abbandona ogni riserva per dichiarare con chiarezza la sua fede. A partire dal 1939 Carl Schmitt esplicita la sua teoria del “grande spazio” sovrastatale (*Großraum*) nel quale, sulla falsariga della Dottrina Monroe, le altre potenze “imperiali” devono astenersi dall’intervenire. Il termine di “Impero” viene rimesso in voga per dare un’espressione simbolica chiara a questo concetto di egemonia, destinato a divenire il cuore del nuovo *Völkerrechtsordnung* (48). Un ordine il cui duplice scopo era quello di determinare “die Grenzziehung zwischen Volk und Volk bzw. Staat und Staat zum Zweck der inneren Entfaltung einerseits, die des freien Zusammenarbeitens der staatlich organisierten Völker andererseits” (49). A poco vale la critica serrata di un Hans Morgenthau che mette a nudo la “non-scientificità” della categoria amico-nemico (50), la quale continua a

(47) *Ibidem*, p. 221.

(48) L. GRUCHMANN, *Nationalsozialistische Grossraumordnung. Die Konstruktion einer « deutschen Monroe-Doktrin »*, Stuttgart, 1962, p. 23 e, da ultimo e con un’analisi particolarmente accurata, M. SCHMOECKEL, *Die Großraumtheorie*, Berlin, 1993.

(49) G.A. WALZ, *Nationalsozialismus und Völkerrecht*, in *Völkerbund und Völkerrecht*, 1934/35, p. 476.

(50) H. MORGHENTAU, *La notion du “politique” et la théorie des différends internationaux*, Paris, 1933, p. 60. Circa la critica di Morgenthau a Schmitt si veda M.

trovare aderenti tra i giuristi convertiti alla parola del Capo ⁽⁵¹⁾. Il diritto internazionale — si afferma ora — non trae la sua legittimità e autorità dai trattati — sempre funzione degli interessi dei “più forti” — bensì dal nocciolo politico sottostante ⁽⁵²⁾. Va detto del resto che Schmitt non aveva atteso la vigilia della Seconda guerra mondiale per introdurre questi temi. Già nel suo lavoro del 1926 sulla Società delle Nazioni aveva richiamato l’attenzione sull’esistenza di sfere di influenza continentali che relativizzavano inevitabilmente la sovranità dei singoli Stati. “Gibt es heute auf der Erde nicht mehr viele souveräne Staaten”, aveva precocemente sentenziato. La Dottrina Monroe ne costituiva ovviamente l’esempio più smaccato ⁽⁵³⁾. A sua volta, Carl Bilfinger, da buon discepolo di Schmitt, si divertiva a mettere in rilievo l’analogia, anche lessicale, tra la Dichiarazione Stimson e la circolare della Santa Alleanza al Congresso di Laibach del 1821 ⁽⁵⁴⁾.

Su un versante diverso, ossia quello degli accordi regionali, si riproduceva la stessa dialettica: da una parte i giuristi tedeschi di simpatie naziste che ponevano in evidenza l’ipocrisia delle potenze alleate, dall’altra i giuristi moderati che tentavano di ricondurre a sistema fenomeni centrifughi rispetto alla Società delle Nazioni. Freytagh-Loringhoven, professore di chiara matrice nazista, descriveva minutamente le clausole del patto di assistenza franco-sovietico per denunciarne la contrarietà alle obbligazioni della Società delle Nazioni: “il est clair également que les dispositions susdites du traité d’assistance franco-soviétique violent le pacte de la Société des Nations et le Pacte de Paris” ⁽⁵⁵⁾. Ne discendeva con naturalezza l’ovvio e assillante interrogativo: “est-il possible d’imaginer que le *statu quo* de 1919 pourrait être maintenu d’éternité?” ⁽⁵⁶⁾.

KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2002, pp. 452-454.

⁽⁵¹⁾ P. BARANDON, *Das System der politischen Staatsverträge seit 1918*, Stuttgart, 1937, p. 5.

⁽⁵²⁾ N. GÜRKE, *Volk und Völkerrecht*, Tübingen, 1935, p. 62.

⁽⁵³⁾ C. SCHMITT, *Die Kernfrage des Völkerbundes*, Berlin, 1926, pp. 11 e 54.

⁽⁵⁴⁾ BILFINGER, *op. cit.* p. 219.

⁽⁵⁵⁾ A. VON FREYTAGH-LORINGHOVEN, *Les ententes régionales*, in R.C., 1936, p. 633.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 670. Su tutti autori vale ovviamente l’ampio e accurato panorama offerto da Stolleis in *op. cit.* pp. 380-399.

Va detto ad onor del vero che non era stato il solo revisionismo giuridico tedesco a porre in luce le ambiguità che si annidavano intorno alla varie “dottrine” di stampo anglosassone. Commentando il Patto Briand-Kellogg, la misurata scienza giuridica francese non mancava di rilevare che il patto non solo non definiva che cosa si intendesse per “legittima difesa” (57), ma che avere assimilato alla “legittima difesa” la protezione degli interessi “americani” statunitensi e di quelli imperiali britannici — “dottrina Chamberlain” — equivaleva a legittimare “la défense de simples intérêts nationaux” (58). Uno studioso americano, Whitton, aveva a sua volta deplorato “la susceptibilité vraiment extraordinaire des sénateurs des Etats-Unis qui gardent et protègent contre toute possibilité de risque, et comme un dogme sacro-saint, cette fameuse doctrine” (59). Ma quali che fossero i vizi di cui peccava la posizione delle liberal-democrazie, essi naturalmente non giustificavano affatto l’inedita teoria tedesca del “diritto dei popoli e delle nazionalità” che, oltre a tradire una evidente parzialità, portava diritta allo scontro armato (60). Come riassumeva Georges Scelle, “c’est le droit d’une collectivité plus large d’intégrer en elle-même, d’absorber les fractions de même race et de même culture jusque là rattachées à d’autres organismes étatiques” (61).

Si capisce perfettamente l’amarezza di Hans Wehberg, pacifista esiliato in Svizzera, al cospetto del cedimento dello stesso moderato Verdross di fronte alla *vulgata* nazista (62). Un tradimento dei chierici di cui solo dopo la fine della guerra gli intellettuali tedeschi avrebbero misurato la devastante portata.

(57) “Chaque nation décide, *seule et en pleine indépendance*, si les circonstances lui imposent le recours à la légitime défense” (A. MANDELSTAM, *L’interprétation du pacte Briand-Kellogg par les gouvernements et les parlements des États signataires*, R.G.D.I.P., 1934, p. 269).

(58) Fr. VANDY, *Le Pacte Kellogg*, in R.G.D.I.P., 1930, p.13.

(59) J.B. WHITTON, *La Doctrine de Monroe*, in R.G.D.I.P., 1933, p. 304.

(60) “Die Volksgruppe ist ein Teil der Volksgemeinschaft, und zwar jener Teil, den dans politische Schicksal einem fremden Staatsverband eingegliedert hat” (G.A. WALZ, *Neue Grundlagen des Volksgruppenrechts*, in *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1939, p. 149).

(61) G. SCELLE, *Les accords de Munich et le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes*, in *The New Commonwealth Quarterly*, 1938, v. IV, p. 249.

(62) *Die Friedens-Warte*, 1937, pp. 145-149.

* * *

I fautori dello “spirito di Ginevra” malgrado tutto non demordono fino alla fine nella loro lotta solitaria. Ammettevano che sì, certo, la sicurezza collettiva aveva consumato un terribile fallimento ma aggiungevano che, d'altra parte, “la collaboration internationale dans les domaines techniques les plus divers a été fructueuse au delà de toute attente” ⁽⁶³⁾. Oggi, all'ombra del Palazzo di Vetro dell'ONU, sentiamo di poter dire qualcosa di veramente diverso?

⁽⁶³⁾ W.E. RAPPARD, *Ou en est la Société des Nations?*, in *L'esprit international*, 1931, p. 235.

PAOLO GROSSI

IL DIRITTO TRA NORMA E APPLICAZIONE.
IL RUOLO DEL GIURISTA
NELL'ATTUALE SOCIETÀ ITALIANA (*)

1. Taluno potrebbe — e credo con qualche ragione — domandarsi perché una delle due lezioni inaugurali della fiorentina ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ sia stata affidata a uno storico del diritto, a uno storico del diritto — per giunta — che ha dedicato buona parte delle sue energie alla storia del pensiero giuridico moderno; e ‘pensiero’ è termine impegnativo, che sembra segnalare una dimensione infinitamente lontana dalla concretezza della vita professionale cui la nostra Scuola è vocata.

Essere storico e, per di più, storico del pensiero disegna, all'apparenza, un personaggio avulso dall'esperienza e dedito a inutili esercitazioni astratte dalla realtà. Vorrei fugare una siffatta figurazione, ripetendo qui quanto ebbi occasione di dire qualche giorno fa, quando fui chiamato a portare il saluto della mia Facoltà in seno a un felicissimo Convegno, organizzato congiuntamente dal Consiglio Nazionale Forense e dalla Accademia della Crusca, sui rapporti fra lingua e diritto e, in particolare, sulla lingua della prassi giuridica; di quel che ebbi allora a dire mi è buon testimone l'amico qui presente avvocato Roberto Russo, Presidente dell'Ordine forense fiorentino, che era tra i miei ascoltatori.

Io mi limitai, allora, a ricordare (e ci tornerò fra poco con insistenza) il ruolo incisivo che la prassi ha sul divenire della scienza

(*) Pubblico qui il testo della prolusione ai corsi della ‘Scuola di specializzazione per le professioni legali’ dell'Università di Firenze, tenuta nell'Aula Magna dell'Ateneo il 26 febbraio 2002. Lezione che, con alcune modifiche, fu ripetuta il 21 marzo 2002 per la inaugurazione della medesima ‘Scuola’ presso l'Università del Molise.

giuridica, proprio perché questa nostra scienza non può permettersi il lusso di galleggiare sopra le nuvole ma è sorretta da una intima tensione a incarnarsi, a diventare esperienza di vita. E aggiunsi — e mi fece piacere di aggiungere — una notazione autobiografica, non per compiacimento personalistico ma per il suo grosso significato oggettivo: quando, nel 1971, io varai i ‘Quaderni fiorentini’, una Rivista volta a studiare la storia del pensiero giuridico moderno, nella prima ‘pagina introduttiva’, mi domandai chi fossero nel nostro campo i facitori di pensiero e mi impegnai nel fugare l’idea falsante che fossero soltanto i teorizzatori, in sostanza i professori universitari; soggiungendo che, a una rigorosa analisi storica, si stagliava chiara e vigorosa la forza creativa della prassi.

È pensiero giuridico a pari titolo — io scrivevo allora, ed è inoppugnabilmente consegnato nelle tavole della Rivista ⁽¹⁾ — il frutto delle riflessioni condotte in seno a paludati istituti universitarii così come le invenzioni nate nelle aule giudiziarie e nelle officine forensi e notarili, ancora informi perché scaturite dalla incandescenza della pratica quotidiana ma gremite di intuizioni sàpide di futuro e perciò destinate a consolidarsi e ad essere ricevute. Non si tratta, da parte mia, di un espediente strategico brillantemente escogitato per accattivarmi un uditorio composto in prevalenza da giudici avvocati notai; è consegnata questa mia convinzione a una pagina scritta più di trenta anni fa, pagina che ho ripetuto e vieppiù enfatizzato quando ho dovuto redigere per un dizionario di teoria del diritto la voce “Pensiero giuridico” ⁽²⁾, e basta questo per

⁽¹⁾ Vedi ‘pagina introduttiva’ (cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972).

⁽²⁾ Mi piace riportare qui quanto scrivevo nel 1988: “il pensiero giuridico svela la sua natura complessa: la dimensione speculativa si innesta sempre sulla capillare vita quotidiana, che costituisce una sorta di ineliminabile dimensione sommersa. Esso non può mai prescindere dalla laboriosa officina, dove, accanto agli altissimi principii, si parla e si opera su leggi e atti amministrativi, contratti e testamenti, citazioni in giudizio e fattispecie criminose, contratti di lavoro e società commerciali, una diaspora di fatti stanati dai loro gusci particolari e inseriti a un più elevato livello, in una società e in una cultura, come oggetti di pensiero. ‘Pensiero giuridico’ è senza dubbio una filosofia ma ben spesso una filosofia sottratta al filosofo professionale: il balbettio, che diventerà successivamente discorso ma che è già un embrione di discorso, prende l’avvio nel cantiere degli avvocati, dei giudici, dei notai, dei *doctores iuris*, partecipi della fondazione di un pensiero giuridico non meno del sapientissimo *speculator* o del legislatore” (P.

dimstrarvi di che panni reali mi rivesto. Insomma, lo storico del pensiero giuridico che avete di fronte, se possiede forze intellettuali modeste, ha però avuto almeno il merito d'essere — e da tempi insospettabili — il rivalutatore della prassi in seno alla stessa riflessione giuridica ⁽³⁾.

Ma vorrei metter da parte una ragione della mia odierna presenza troppo legata alla condizione soggettiva del docente per sottolineare, invece, motivazioni più solide.

Come ho detto anche altre volte ⁽⁴⁾, questo non è tempo di solitudini per il giurista. Tempo di mutamenti e di ricerca, tempo di incrinature, forse anche di crolli, ma altresì di edificazioni nuove; tempo, pertanto, costellato di difficoltà e di ostacoli e in cui il giurista deve ritrovare, quale suo supremo salvataggio, l'unità della propria scienza, una unità troppo spesso dimenticata in nome di una specializzazione e di un tecnicismo delle singole conoscenze che ha isolato il cultore di un aspetto del diritto positivo da quello di un altro, e, peggio ancora, ha separato lo studioso del diritto vigente dallo storico, dal comparatista, dal puro teorico. È invece questo il tempo in cui v'è necessità di incontri e di dialogo fra tutti i giuristi, non soltanto perché la riscoperta dell'unità — unità non fittizia — è epistemologicamente benefica ma soprattutto perché costituisce un ausilio forte per superare le attuali difficoltà.

Non v'è dubbio: se non è in crisi il diritto poiché questo è una dimensione ontica della società, certamente è in crisi il giurista odierno per il mutamento rapidissimo cui viene sottoposto l'odierno ideario giuridico. Nel momento in cui quel terreno che sembrava roccia fondativa si trasforma in sabbie mobilissime, l'osservatore

GROSSI, *Pensiero giuridico — Appunti per una 'voce' enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini*, 17 (1988); la 'voce' era stata originariamente scritta per il 'Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit' organizzato e diretto da André-Jean Arnaud).

⁽³⁾ Mi sentirei di aggiungere anche, in questa redazione scritta, che, con siffatte affermazioni, io sono portatore di una tradizione autenticamente fiorentina. A Firenze, città antiuniversitaria, che vive un quasi assoluto vuoto universitario dal secolo XV fino al 1924, la scienza giuridica ha trovato il suo motore essenziale in giuristi empirici di gran rango, muniti di ingegno sensibilità cultura. Questo itinerario scientifico preuniversitario ho cercato di disegnare in: P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997).

della minima tessera del mosaico, che è, per esempio, l'attuale diritto dello Stato italiano, ha bisogno di porre sul suo naso degli occhiali che guardino più in là dei muriccioli recingenti la realtà italiana nel tentativo di reperire al di sotto della superficie troppo cangiante nuovi livelli di rifondazione. Per limitarci al rapporto — che mi riguarda — fra cultore del diritto positivo e storico, un tal rapporto appare — più che proficuo — necessario per l'esigenza di collocare la singola tessera, ormai scollata e pertanto di per sé non più significativa, in un contesto più ampio dove riassume un significato e soprattutto la forza per proiettarsi nel futuro.

In questo momento storico, quando il mutamento — sociale economico politico giuridico — è tanto rapido da non poter essere più calcolato, come usualmente si faceva fino a ieri, in generazioni ma addirittura in un giro di pochissimi anni, non basta più avere occhio per il minimo punto della linea storica rappresentato dal diritto positivo italiano vigente; un salvataggio è costituito dalla coscienza della linea in cui il punto si colloca e dalla ricerca del senso della linea, anche perché questa — se il punto isolato appare immobile e chiuso — corre continua venendo da lontano e andando lontano, unendo passato e futuro attraverso il presente. Se questo è il salvataggio più sicuro per l'odierno civilista e pubblicista, è lo storico del diritto l'intellettuale più affidante nella operazione salvifica. A una condizione però: che lo storico non si appaghi di calarsi nell'urna di un passato remoto per restarvi sepolto, ma abbia — lui per primo — coscienza della linea storica in quella feconda comparazione verticale fra passato e presente che è presaga di futuro e costruttrice di futuro ⁽⁵⁾.

2. Affermata e motivata una legittimazione non artificiosa per una mia presenza in mezzo a voi, cerchiamo di cominciare a mettere in pratica il salvataggio di cui si è parlato, puntualizzando le valenze della crisi che il giurista sta vivendo e immergendole nella linea lunga cui è avvezza la storia del diritto quale storia di un ordine sociale che attinge alle radici e ai valori d'una comunità.

⁽⁵⁾ Sulla funzione ma anche sulle responsabilità dello storico del diritto, nonché purtroppo sulle sue elusioni e sulle sue pigrizie, mi sono diffuso nel saggio indicato nella nota precedente.

È presto detto: la crisi sta tutta nella attenuata persuasività di vecchie certezze, nella loro conseguente incrinatura, nel bisogno perciò di superarle avventurandosi per nuovi sentieri. Può essere utile fissare fin da ora il segno e la direzione della linea, che potrebbero essere concisamente espressi in questa divisa: dal primato della legge al primato della prassi. Divisa in cui si scorge a chiare note che il grande tronco giuridico è scosso nelle sue fondazioni, cioè nell'apparato radicale che i giuristi sono soliti chiamare 'fonti'. La crisi odierna è soprattutto crisi di fonti, precisando che, facendo uso di un vocabolo ambiguo come crisi, non si intende dare alcuna valutazione ma chiedergli più semplicemente di esprimere lo squasso e le conseguenti scissure nelle nostre più ferme convinzioni con i conseguenti inevitabili turbamenti.

La linea corre, dunque, dal primato della legge al primato della prassi. L'ora che stiamo vivendo costituisce, anzi, il trionfo della prassi dopo secoli di appiattimenti e di costrizioni innaturali. Ovviamente, quando parlo di prassi, mi riferisco alla operosità di giudici avvocati notai, arrivando fino a ricomprendervi i semplici uomini di affari (nei limiti che esporremo fra breve), oggi tutti in varia misura coinvolti nella produzione del diritto. Il cammino che stiamo percorrendo è ancora in svolgimento, ma siamo già pervenuti a un approdo che sembra incommensurabilmente lontano dal momento in cui, due secoli fa, il diritto moderno si assestò assumendo quel volto cui sono stati avvezzi giuristi ormai vecchioti come chi vi parla.

Il paesaggio giuridico di allora si presentava assai ristretto. Lo Stato si proponeva come il produttore necessario del diritto, l'unico ente capace di conferire a una regola sociale il crisma della giuridicità. Il diritto si riduceva perciò in leggi, cioè in manifestazioni della volontà suprema dello Stato, e si inchiodò il sistema delle fonti in una rigida piramide gerarchica che toglieva vigore alle manifestazioni di grado inferiore. Si arrivò a presumere di poter controllare assolutamente questa riduzione escogitando una fonte, il Codice, che assommava in sé la completezza dell'ordine giuridico, con l'ulteriore presunzione di aver compiuto una operazione definitiva e perciò vocata alla perpetuità.

In questo clima giuridico proto-moderno non c'è molto spazio per i giuristi, siano essi teorici o pratici. È il tempo della mitizzazione

legislativa, della legolatria più spinta, in cui l'unico soggetto legittimato ad esprimere una volontà e ad avere un ruolo non solo attivo ma addirittura monopolistico è il legislatore. Al culto della legge non può che accompagnarsi per ogni giurista dottrinario o empirico quella dimensione passiva umile servile che suol condensarsi nella *esegesi*, un termine non a caso preso a prestito dai teologi e ben eloquente della necessaria passività dell'interprete nei confronti di un testo ritenuto sacro.

Il moderno del diritto si inaugura all'insegna di un coartante positivismo giuridico, con una strategia di cui è agevole oggi allo storico individuare le cospicue valenze ideologiche e politiche. Si trattò di un imbrigliamento per il diritto, si tolse voce alla pluralità delle fonti rampollanti direttamente dall'esperienza quotidiana (per esempio, alla consuetudine) e si relegò a un ruolo decisamente ancillare, anzi a un non-ruolo, quel giurista teorico e pratico che, nel bene e nel male, era stato il bimillenario protagonista dello sviluppo giuridico, dal diritto romano classico e post-classico al diritto comune medievale su su fino all'èsito dell'antico regime.

Il processo riduttivo, accanto al difetto non lieve di peccare di artificiosità, aveva anche i suoi pregi. Il diritto si vedeva costretto e ridotto in un sistema dalle armoniose linee logiche, intimamente coerente, chiaro, certo, come il vecchio diritto di marca giurisprudenziale non era mai stato.

La semplicità era il suo tratto identificante. E qui cade acconcia una citazione, che ho avuto altra volta occasione di fare ⁽⁶⁾. È del grande filosofo italiano del diritto, Giuseppe Capograssi, il quale, rammemorando negli anni Cinquanta le lezioni mattutine di Orlando alla Sapienza romana da lui ascoltate in gioventù prima di quell'evento catastrofico e germinale insieme che fu la Grande Guerra, esce in questa esclamazione/constatazione: "Tutto era allora così semplice!" ⁽⁷⁾.

Banale a una prima lettura, essa coglie un aspetto centrale: il diritto era stato ridotto a linee semplicissime, imperniato nei due

⁽⁶⁾ Cfr. *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 119.

⁽⁷⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V. E. Orlando* (1953), ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, V, p. 359.

soggetti dello Stato e dell'individuo e sulle due fonti della legge e del contratto (rispettivamente nell'ordinamento generale e in quello dei privati). Tanto semplice da dimostrarsi semplicistico via via che il tempo passava e si maturavano nella civiltà moderna grossi mutamenti sociali economici tecnologici. Quando, nei primi anni Dieci del secolo passato, Capograssi ascoltava Orlando, si era proprio allo scoppio della crisi nelle certezze del diritto borghese: la semplicità giuridica cominciava a fare definitivamente i conti con la complessità delle realtà circostanti (ma il processo era iniziato a fine Ottocento) e le forti mura edificate tutt'intorno alla cittadella giuridica cominciavano a soffrire incrinature e breccie sempre più vistose.

La storia giuridica del Novecento può infatti essere osservata e compresa come un confronto continuo e progrediente del diritto con le realtà circostanti, come una riscoperta della complessità all'interno del giuridico, con il consequenziale cedimento di vecchi valori (o pretesi tali) e il complicarsi del limpido paesaggio giuridico di prima ⁽⁸⁾. Lo Stato vedeva affermarsi virulente fonti concorrenti, che trovavano da parte di taluni rivoli scientifici apprezzamenti e legittimazioni, il ruolo della legge ne usciva sempre più sminuito, mentre entravano in crisi profonda i due cementi tipici della cittadella borghese, il legalismo e il formalismo, giacché il diritto, ridotto a un complesso di norme autorevoli, si era chiuso a riccio e aveva preteso di separarsi dal meta-diritto filtrando rigorosamente, impietosamente, quanto proveniva dall'esterno e formalizzandosi ⁽⁹⁾.

Oggi noi stiamo vivendo il momento di maturazione d'un siffatto processo. Innanzi tutto, all'interno della stessa sfera ufficiale. Ieri, l'ordinamento giuridico veniva pressoché a identificarsi con lo Stato e, quando si parlava di legalità, di principio di legalità, si

⁽⁸⁾ È questa la chiave di lettura del mio ripensamento del Novecento giuridico così come è disegnato in: *Scienza giuridica italiana*, cit..

⁽⁹⁾ Il Novecento giuridico, nel suo scorrere, nel suo progredire, nel suo trasformarsi però sempre all'insegna della crisi dello Stato, può ben essere identificato in due riflessioni che fungono da cippi confinari scientifici: la prolusione pisana di Santi Romano del 1909 e il volume di Sabino Cassese del 2002 ancora fresco di stampa mentre scrivo, l'una e l'altro aventi a basilare tema di fondo, pur nella diversità delle rilevazioni, la crisi dello Stato. Cfr. SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, e S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002.

intendeva qualcosa di univoco e di indiscutibile: il rispetto della legge dello Stato quale garanzia per la uguaglianza giuridica di tutti i cittadini; e si poteva tranquillamente usare quel singolare 'legge', bastevole nel vecchio paesaggio semplicissimo. La legge era un dato formale, era un comando preciso contenuto in un testo preciso. Oggi molto è cambiato proprio in seno al regime ufficiale delle fonti, giacché l'ordinamento giuridico si propone oramai a noi come realtà non compatta ma a molteplici dimensioni, e vi sono molteplici gradi di legalità, quella ordinaria ma, al di sopra, quella costituzionale e quella sovranazionale.

La normativa comunitaria meriterebbe una sosta ravvicinata, perché rappresenta una normazione peculiarissima, carica com'è di fattualità e di dimensioni tecniche dalle quali non sa e non vuole separarsi, una normazione grezza dove l'aspetto formale è ridotto al minimo. Ce lo impedisce l'economia di questa lezione, mentre non possiamo prescindere — perché essenziale ai nostri fini — da un succinto richiamo alla legalità costituzionale; la quale non è mai un riferimento a meri comandi e a mere forme ma a principii e valori da cui promana e di cui continua ad essere intrisa la Costituzione. Legalità costituzionale significa rottura del vecchio formalismo e un paesaggio giuridico che si allarga verso il meta-diritto con la tensione ad appropriarsi del complesso di forze sociali culturali spirituali formante la nostra Costituzione materiale; si pensi, per un solo momento, all'uso da parte della Corte Costituzionale, del criterio di ragionevolezza, formidabile arma demitizzatoria di decrepiti dogmi filo-parlamentari e all'estensione che il criterio ha subito e tuttora subisce nella giurisprudenza della Corte nella quale tende ad estendersi da criterio garantistico del principio di uguaglianza a criterio metodologico generale ⁽¹⁰⁾. Si pensi anche a quell'elemento di verifica tutto nuovo, e insistentemente invocato, del cosiddetto 'diritto vivente' ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Da ultimo, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹¹⁾ Com'è noto, diritto vivente "è la giurisprudenza consolidata, ma intesa in una accezione più ampia di giurisprudenza costante, qualificata da una serie continua di pronunce uniformi" (L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica, in Ermeneutica e dogmatica giuridica — Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 159).

Tutto questo indica il declino della legge nella forma in cui il vecchio positivismo giuridico l'aveva modellata, o almeno il compiacersi del problema delle fonti anche a livello di diritto ufficiale; al che si accompagna un riemergere della prassi da quelle profonde segrete dove il diritto borghese l'aveva confinata. Con una doverosa precisazione: il mio sguardo è rivolto alla grande area del diritto privato e a rilevanti zone del diritto pubblico; un discorso sensibilmente diverso dovrebbe esser fatto in quello specifico campo pubblicistico rappresentato dal diritto penale (di cui parlerà tra poco il senatore Vassalli), campo strettamente connesso all'esercizio della sovranità e all'ordine pubblico dello Stato. Per l'area, invece, che abbiamo di fronte non v'è dubbio che lo spostamento della linea storica dal primato della legge al primato della prassi prende sostanziosità e fa prevedere concretizzazioni sempre maggiori.

La produzione del giuridico, che nel diritto borghese era sottoposta a un controllo rigidissimo tanto da inserirla tra i momenti più forti della costituzione politica dello Stato, si va sciogliendo dall'artificioso e soffocante ingabbiamento; e la genesi del diritto sembra ritrovare le vecchie matrici plurali e pluralistiche della nostra tradizione preilluministica e prerivoluzionaria (cioè della Rivoluzione dell'89). Due sono i profili che mi preme di sottolineare, con l'avvertenza che siamo di fronte non a ripensamenti legislativi ma a un processo scientifico e pratico che corre accanto al diritto ufficiale e *de facto* lo erode, un processo che è ancora in corso, che stiamo vivendo e che pertanto non può essere rigorosamente definito, essendo noi giuristi direttamente coinvolti in esso.

3. Il primo riguarda una riflessione sui rapporti fra norma e interpretazione/applicazione, che si presenta a noi come una sorta di rivoluzione copernicana entro il terreno geloso delle fonti; una riflessione di straordinaria robustezza speculativa, perché — nata su un piano filosofico generale — ha avuto ed ha trapianti fecondi nel pianeta giuridico, contribuendo a svecchiare di parecchio le nostre coscienze, ridonando libertà alla nostra visione del paesaggio giuridico pesantemente alterata da occhiali deformanti.

Intendiam riferirci alla cosiddetta ermeneutica giuridica, per la quale siamo effettivi debitori a un grosso personaggio scomparso più

che centenario appena qualche giorno fa ⁽¹²⁾, Hans Georg Gadamer. Infatti, è soprattutto a Gadamer (seguito, poi, da giuristi tedeschi e italiani) che si deve un'operazione culturale, che è risultata giovevolissima al popolo dei giuristi: egli non ha soltanto proiettato sulla interpretazione giuridica le benefiche impostazioni della ermeneutica generale, ma ha sottolineato il carattere esemplare della ermeneutica giuridica, facendo assurgere questa a modello per analoghe operazioni intellettuali nell'ambito di altri terreni scientifici ⁽¹³⁾.

Si sa bene in che cosa questa 'rivoluzione' consista: nel non separare il momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione, nel ritenere quest'ultima non la spiegazione di un testo concluso e indisponibile ma l'intermediazione necessaria e vitale fra la proposizione astratta della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte; per esprimerci col lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, si viene a dare una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha turbato i sonni dei giuristi, e cioè la "tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso" ⁽¹⁴⁾.

L'attuale movimento ermeneutico corona (e definisce con provvedutezza teorica) perplessità, intuizioni, timidissime proposte che lo storico vede affacciarsi, per tutto il corso del Novecento giuridico, fra i giuristi più aperti e più coraggiosi. Si opera un cospicuo spostamento di attenzione dal momento di produzione e dalla volontà consegnata e sigillata nel testo — momento, volontà, testo che avevano monopolizzato tutto l'ingenuo zelo dei vecchi giuristi plagiati da una ideologia coartante — alla vita della norma nel tempo e nello spazio; si coglie il processo normativo come non esaurentesi nel momento di produzione ma inglobante al suo interno l'interpretazione/applicazione; si rëlegano finalmente in soffitta le crocifissioni di tanti giudici inchiodati alla tirannide di un testo invecchiato e forse anche iniquo rispetto alla mutata realtà sociale; si

⁽¹²⁾ La precisazione temporale va rapportata alla data in cui viene redatto questo testo scritto.

⁽¹³⁾ Si veda, all'interno di quell'enorme ripensamento di Gadamer che è *Verità e metodo* (trad. italiana di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000), il capitolo dedicato, per l'appunto, a "Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica".

⁽¹⁴⁾ GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 639.

dà finalmente all'interprete/applicatore un ruolo attivo ben diverso dalla supina esegesi e si attenua la durezza della norma che la rapidità del mutamento (quella rapidità che constatiamo quotidianamente) rivela insopportabile.

L'interpretazione giuridica lascia l'esilio degli esercizi logici, dei sillogismi di illuministica memoria e diventa coinvolgimento (e quindi concreazione) nel complesso procedimento normativo. Poiché parlo a dei pratici (o ad allievi destinati ad essere in futuro giudici avvocati notai), mi piace qui ricordare che il filosofo Gadamer, quando ha guardato con attenzione scrupolosa alla interpretazione giuridica, non ha pensato unicamente a quella dei sapienti (esiliando sdegnosamente in un cantuccio il contributo dei pratici); egli, al contrario, ha tenuto a insegnare che "l'applicazione costituisce, come la comprensione e la spiegazione, un aspetto costitutivo dell'atto interpretativo inteso come unità" (15). Rivalutazione massima del momento applicativo in seno a quell'unità complessa che è l'itinerario normativo.

4. Con l'ermeneutica giuridica si ha, sul piano scientifico, un deciso e decisivo recupero della interpretazione/applicazione. Su questo piano nessuno si sentirebbe oggi — io credo — di ripetere il decrepito credo esegetico. La scienza, la scienza giuridica, è sempre più convinta in una direzione inclinante a rivedere *funditus* vecchie dogmatiche.

Ma v'è un altro profilo nel quale prassi e scienza, armonicamente e quasi simbioticamente congiunte, la fanno da padrone; è quel campo di cui si parla oggi tanto e forse troppo, un campo relevantissimo, sempre più rilevante: la cosiddetta globalizzazione-mondializzazione. Diamo per scontata la conoscenza essenziale del fenomeno, dal momento che è di pubblico dominio e campeggia anche nella generica stampa quotidiana, e limitiamoci a puntualizzare alcune conseguenze che documentano appieno l'itinerario dal primato della legge al primato della prassi da noi assunto come canovaccio di questa lezione.

Nel pianeta giuridico, 'globalizzazione' significa che i protagonisti della vita economica (una vita economica sempre maggiormente

(15) GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 637.

a dimensione globale), insoddisfatti per parecchie ragioni della normazione degli Stati, cominciano a dar vita a un diritto più congeniale e più efficace, diventano produttori di diritto, col risultato cospicuo che, accanto al diritto ufficiale — quello dei singoli Stati o di comunità sopranazionali —, prende forma un diritto, assolutamente privato perché creato dai privati per tutelare i proprii interessi, che corre effettivo ma tacito in un canale parallelo e che non prevede di trovare la sua giustiziabilità presso curie statuali o sovrastatali bensì presso àrbitri individuali o collegiali giacché conta sulla adesione formalmente spontanea degli *homines oeconomici* e non sulla coazione statale.

È un diritto che orecchia i bisogni della prassi economica e vuol costruire strumenti ordinativi ad essa speculari e di essa tutelatori energici. È un diritto che trova la sua genesi prima in seno a quella prassi, la sua sistemazione nelle cosiddette *transnational law firms*, ossia nelle grandi imprese professionali che irradiano quasi esclusivamente dal Nordamerica, la sua tutela in àrbitri di grande competenza tecnica e perciò universalmente rispettati.

Quel che, ai fini della nostra lezione, mi preme di sottolineare è che gli attori primari di questo palcoscenico giuridico concorrente sono pratici e scienziati del diritto, giacché pratici e scienziati-pratici sono gli operatori agenti nelle *law firms* e generalmente scienziati affermatissimi gli àrbitri prescelti. Il diritto della globalizzazione è, insomma, un diritto che si muove su binari diversissimi da quelli degli Stati e che ben incarna la fase finale di quel processo che tende al primato della prassi.

Da parecchi anni siamo invasi da termini inglesi, che ormai fanno bella vista di sé negli stessi 'manuali' istituzionali, pressoché immacolati da questi barbarismi ai tempi lontani quando io ero matricola di Legge e nei quali, se mai, si era ancora fieri di ostentare vocaboli e brocardi latini provenienti dall'alveo augusto della tradizione romanistica. *Leasing*, *factoring*, *franchising*, e via di seguito, vengono a noi da lontano, e ci si presentano quali strumenti giuridici miranti a ordinare la circolazione economica del maturo capitalismo, rispecchianti assetti economici novissimi e pertanto non incasellabili nelle categorie della bimillenaria dogmatica romanistica.

La loro insularità linguistica tradisce una insularità tecnica: sono creature e invenzioni della prassi contemporanea e serbano di questa

origine empirica il segno vistoso nell'esser figure grezze fattuali elastiche, sì da potersi prestare a fattispecie multiformi, figure che il legislatore nazionale tardivamente disciplina o che si astiene dal disciplinare. Spesso figure non definite ma aperte a variazioni secondo le situazioni, i luoghi e i tempi nei quali diverranno forme di assetti concreti.

Ci sia consentito di richiamare qui l'esempio più manifesto, il *franchising*, rapporto collaborativo fra un produttore di beni o servizi e un distributore, grazie al quale questo secondo, pur mantenendo la propria indipendenza economica e giuridica, è reso partecipe della catena distributiva di quei beni o servizi. Uno schema contrattuale latissimo, che la scienza ha tuttora qualche imbarazzo nel fissare a causa della sua naturale e funzionale plasticità, ma che si presta perfettamente a corrispondere alle esigenze molteplici e proteiformi di uno dei gangli economici più vitali della circolazione capitalistica, e cioè la distribuzione.

Oggi si parla spesso di *lex mercatoria* con riferimento alle invenzioni di una prassi giuridica fertilissima e fantasiosa. Il sintagma latino — nel suo evocare le origini medievali del diritto commerciale, origini da ricercare nella pratica quotidiana delle piazze mercantili e dei porti dell'Italia, delle Fiandre, delle coste anseatiche — coglie nel vero quando suggerisce l'immagine di un diritto vivente escogitato da dei pratici per i propri traffici privati, senza alcuna preoccupazione dogmatica o di tradizione culta, sorretto invece dall'unica preoccupazione di dare adeguata veste giuridica a un pullulare di bisogni economici nuovi, i quali — proprio perché nuovi — esigono nuove invenzioni, ossia — sul piano giuridico — nuovi istituti.

Non possiamo lasciare il tema della globalizzazione senza un ulteriore accenno, che serve egregiamente da cerniera per la nostra lezione. V'è un altro profilo del fenomeno globalizzatorio, che accentua il rilievo della prassi ed evidenzia la linea storica su cui corre il presente discorso. Abbiam detto — ed è incontestabile — della sua origine nordamericana, una origine che imprime al fenomeno caratteri positivi e negativi. Su di uno soltanto vogliamo ora sostare, ed è di segno culturale.

La globalizzazione, provenendo dall'area anglo-americana, trascina con sé — e mette in circolazione nell'Europa continentale —

un bagaglio gremito delle scelte ideologiche culturali tecniche di quel grande pianeta giuridico che è fino a ieri vissuto appartato e conchiuso e che siamo soliti qualificare come *common law*. *Common law* e *civil law* ⁽¹⁶⁾, pur con un progredire di qualche scambio osmotico, rappresentano scelte e soluzioni profondamente diverse, che sono la fedele conseguenza di due storie giuridiche profondamente diverse.

Il primo corre continuo dal medioevo inglese fino a noi e serba, da queste radici, il suo carattere di diritto extra-legislativo, vorrei quasi dire extra-statuale, fatto da giuristi perché è cosa da tecnici, affidato soprattutto ai giudici che il tipico atteggiamento empirista anglosassone reputa i giuristi maggiormente espressivi di un diritto inteso come esperienza. Il secondo, marcato a fuoco dall'illuminismo giuridico e dalla grande Rivoluzione, si pone in rapporto di discontinuità con tutto il patrimonio culturale e ideologico pre-rivoluzionario, mitizza e assolutizza legge e legislatore, assestandosi quale diritto statale e legislativo.

Orbene, la circolazione del modello di *common law* grazie alla ondata globalizzatoria intensifica anche su un piano di cultura giuridica il primato della prassi. La convinta percezione che il diritto è una dimensione del sociale da preservare il più possibile dalle grinfie della politica, ha una sua intrinseca tecnicità, è cosa da giuristi, rivàluta il ruolo di ogni giurista come personaggio capace di maneggiare sapientemente gli arnesi del laboratorio tecnico ma — in una cultura giuridica diffidente di astrazioni e teorizzazioni — particolarmente del pratico.

5. Siamo giunti al termine e, forse, con lo svolgimento della lezione, abbiám dato corpo alle motivazioni generiche d'una mia presenza in questa sede, da cui abbiám preso le mosse.

La parola dello storico è salutare perché serve a fornire due irrobustimenti, di cui il cultore del diritto positivo, da solo, rischia di non disporre: la coscienza del mutamento, connessa all'esigenza di

⁽¹⁶⁾ È appena il caso di precisare che con 'civil law', nel linguaggio universalmente ricevuto dei comparatisti, si intende il diritto dei paesi dell'Europa continentale, che ha caratteri storici diversi da quello dei paesi di area anglosassone (Gran Bretagna ed ex-colonie inglesi).

tenervi dietro bandendo pigrizie e misoneismi; il senso della linea storica, che soltanto chi padroneggia il confronto tra le diverse dimensioni temporali può vedere limpidamente.

Oggi, momento di crisi nelle consolidate certezze, momento di transizione e pertanto di turbamenti e di scoramenti, la presenza dello storico è rassicurante, perché può indicare il profilarsi di nuovi valori e quindi di nuove certezze. Tra quelli e queste v'è sicuramente il nuovo ruolo che la prassi giuridica sta guadagnando e sempre più guadagnerà nel futuro. Le motivazioni sono racchiuse nella storia giuridica che preme alle nostre spalle e di cui noi siamo i depositari, una storia giuridica dove è tratteggiato con segno forte il senso della linea, dove son tratteggiati con segno forte i nodi da sciogliere del nostro futuro.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

30

(2001)

TOMO II



giuffrè editore milano

Figure dell'esperienza

ANTONIO IANNARELLI

L'IMPRENDITORE AGRICOLO E LE ORIGINI DEL LIBRO V DEL CODICE CIVILE

1. Una necessaria premessa. — 2. Il progetto "Asquini" di riforma del codice di commercio del 1940 tra innovazione e continuità. — 3. Dal progetto del codice di commercio alla versione preliminare del libro V del codice civile unificato. — 4. "Materia agricola e materia commerciale" nel progetto preliminare del libro V "Dell'impresa e del lavoro". — 5. Dal progetto preliminare al libro "Del lavoro": dall'impresa all'imprenditore. — 6. Impresa, azienda, imprenditore: la nascita dell'art. 2135 c.c. — 7. L'impresa agricola tra vincitori e vinti ovvero dell'eterogenesi dei fini.

1. *Una necessaria premessa.*

La svolta intervenuta nella codificazione del 1942, in merito all'unificazione dei codici, alla centralità assegnata all'impresa nella disciplina delle attività economiche nonché al conseguente riferimento di quest'ultima anche all'agricoltura è stata al centro di un ampio dibattito nel corso dei trascorsi decenni. Pur tuttavia, la molteplicità dei contributi analitici, ivi compresa la valutazione delle scelte allora adottate dal legislatore nonché della loro effettiva portata, si è singolarmente coniugata, per oltre cinquant'anni, con una sostanziale disattenzione in ordine alla ricostruzione delle concitate fasi, attraverso le quali, nel giro di pochi mesi, è maturata la decisione di unificare il codice civile ed il codice di commercio e di assumere la figura dell'imprenditore e la categoria dell'impresa a criteri unificanti nella disciplina delle attività economiche.

A ben vedere, la progressiva sedimentazione di un atteggiamento culturale proteso esclusivamente ad assumere come punto di analisi il solo definitivo precipitato di quell'intenso, per quanto stretto in pochi mesi, lavoro preparatorio culminato con l'elaborazione del libro V del nuovo codice civile ha trovato salde radici in una singolare congiuntura. In primo luogo, l'affermarsi in sede

politica della soluzione favorevole a salvaguardare i risultati della rinnovata codificazione, nonostante la traumatica caduta del regime corporativo entro cui quella era stata rilanciata e portata a termine, doveva ben presto agevolare la progressiva rinuncia da parte dei giuristi ad indirizzi interpretativi ovvero ad orientamenti metodologici che evocassero il clima entro il quale, tra la fine degli anni trenta e gli inizi del successivo decennio, era andata maturando l'opera di codificazione in cui, del resto, era stata coinvolta la dottrina più autorevole. A questo riguardo, è sufficiente osservare che, alla metà degli anni quaranta, tanto le polemiche, anche aspre, intervenute a caldo, ossia a partire dal 25 luglio del 1943, in ordine alla nuova codificazione e alla "natura" del contributo fornito dall'accademia, quanto le invocazioni nostalgiche circa un ritorno al codice di commercio si erano ormai già spente e tacitate⁽¹⁾. In secondo luogo, la diffusa e più resistente nel tempo insensibilità dei giuristi, soprattutto a partire dai primi decenni dalla nuova codificazione, per un approccio "storico" alle vicende della codificazione, ha trovato anche un fertile terreno di sviluppo proprio nell'abito mentale del giuspositivista, allora in progressivo radicamento nella cultura giuridica italiana, alieno, come tale, dall'andare oltre il dato testuale affidatogli dal legislatore, in quanto esclusivamente orientato più che assorbito dalla pur legittima ed importante missione di procedere ad una lettura sistematica della disciplina.

La distanza, se non altro temporale, che ormai ci separa dalla codificazione del 1942, unita alla riscoperta *curiositas* anche da parte dei giuristi positivi per la ricerca storica, più che solo legittimare, sta facendo emergere l'esigenza stessa di sottoporre il processo codificatorio intervenuto nel 1942 ad una indagine storica, come del resto già attestano alcuni pregevoli lavori, anche monografici, emersi negli ultimi anni⁽²⁾. Tale esigenza, peraltro, è certamente più viva con

(1) A titolo qui soltanto esemplificativo delle "fiammate" che il dibattito registrò quando ormai la guerra volgeva al termine e già si prefigurava l'assetto postfascista, si v. gli interventi di MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.* 1945, I, 1 ss.; di VALERI, *Il codice di commercio I Come fu soppresso. II Come dovrà risorgere*, ivi, 11 ss.; di G. FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale*, ivi, 96 ss.; G. FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.*, V, 1944-46, 34 ss.

(2) Il riferimento principale è al lavoro monografico di TETI, *Codice civile e regime*

specifico riferimento all'elaborazione del libro V del codice civile, ossia al libro che, se da un lato ha rappresentato una delle più significative novità nel panorama delle codificazioni del Novecento, dall'altro ha avuto una gestazione non solo rapida, quanto soprattutto affidata ad una selezionatissima cerchia di esperti e, dunque, in buona parte sottratta a quel confronto critico che viceversa ha contraddistinto l'elaborazione di molti altri libri del codice civile ⁽³⁾. Sotto questo profilo, una ricerca in tale direzione non può che essere consapevole delle particolari asperità da affrontare e, al tempo stesso, della "relatività" dei risultati eventualmente acquisiti, sia a causa dell'obiettiva scarsità delle fonti documentali, sia della difficoltà di reperimento di quelle esistenti, in parte perché sconosciute, in parte perché tuttora sottratte, in quanto private, al libero accesso degli studiosi.

A maggior ragione, per altro verso, si giustifica un'indagine in tale direzione da parte degli agraristi, ove si pensi appunto che se, in termini generali, si è fatto strada negli ultimi tempi un orientamento riformatore volto ad ammodernare la disciplina dell'impresa in generale, sì da rivedere l'impianto accolto nel codice civile, il decreto legislativo n. 228 del maggio 2001 ha già provveduto a novellare in misura non lieve il testo dell'art. 2135, sicché quello originario ben può dirsi definitivamente consegnato alla storia.

Prima di avviare la nostra ricerca, è bene precisare che l'attenzione sarà incentrata esclusivamente sulla ricostruzione dei passaggi

fascista, Sull'unificazione del diritto privato, 1990; acutissima, come sempre, la rilettura del tema dell'impresa, al centro della codificazione del 1942, offerta di recente da GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini* 1999, t. II, 999 ss.

⁽³⁾ La circostanza segnalata nel testo è stata denunciata "a caldo" dai primi commenti agli avvenimenti intervenuti nel corso del 1941. Nel fare il punto sulla ricerca commercialistica a cavallo tra il 1940 e l'autunno del 1941, BRACCO, *La scienza del diritto commerciale alla vigilia della "svolta storica"*, *Jus* 1941, 484 ss., non ebbe difficoltà a constatare che "di fronte ad un primo Progetto conservatore dell'autonomia legislativa del diritto commerciale, la concezione che ha poi dissolte le linee dell'edificio che eravamo abituati a contemplare per ricomporle in una architettura più vasta e di più largo respiro, si è imposta all'improvviso, quasi non accompagnata né seguita da motivi polemici" (il corsivo è nostro). Osservazione, questa, che, certamente conforta il sottile significato critico sotteso alla riproduzione nel titolo di quel contributo della medesima formula enfatica — "svolta storica" — che era stata usata, nel preannunciare la riforma, da ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.* 1940, I, 509 ss.

attraverso i quali è maturata la sistemazione della “materia agricola” nel corso degli ultimi anni del processo codificatorio conclusosi nel 1942, senza per questo negare, ovviamente, che il tema qui affrontato costituisce un solo momento, per quanto oltremodo significativo, della più complessa vicenda legata appunto all’introduzione del libro V, per via della quale si è consumata la scomparsa del codice di commercio e, per converso, realizzata l’unificazione dei codici, se non dello stesso diritto privato: vicenda, quest’ultima, che nel presente contributo resta sullo sfondo, sebbene sia al centro di una nostra più ampia indagine tuttora in fase di elaborazione.

2. *Il progetto “Asquini” di riforma del codice di commercio del 1940 tra innovazione e continuità.*

Nell’estate del 1940 veniva alla luce ufficialmente un nuovo progetto di riforma del codice di commercio che, in tal modo, completava, sul versante della “materia commerciale”, la più complessa iniziativa di revisione della codificazione relativa alla materia civile avviatasi alla fine degli anni trenta e che aveva già portato alla pubblicazione dei primi libri del nuovo codice civile.

Almeno sino a quella epoca, la progressiva “curvatura” dell’opera relativa alla codificazione ai principi e alle direttive del regime corporativo appariva ancora compatibile con la tradizionale sistemazione della codificazione che vedeva la presenza, accanto al codice civile, anche di un codice di commercio. Ciò non significava, ovviamente, che i principi dell’ordinamento corporativo fondamentalmente racchiusi nella carta del lavoro mancassero di incidere sulla definizione dell’impianto e sui contenuti da dare al codice di commercio destinato ad affiancare quello civile.

A quest’ultimo riguardo, infatti, sin dal 1936 l’allora Ministro di Grazia e Giustizia Solmi aveva sospeso l’ulteriore elaborazione del progetto preparato nel lontano 1925 dalla Commissione reale presieduta da D’Amelio “perché forti dubbi vengono sollevati sulla convenienza di procedere alla formazione di un nuovo codice di commercio, quando da un lato le condizioni dell’economia sono in periodo di profonda trasformazione e di grave turbamento, dall’altro l’organizzazione della vita nazionale va adagiandosi su basi del

tutto nuove che non possono essere senza influenza sulla disciplina giuridica dei rapporti del commercio” (4).

In effetti, in quegli anni assai vivace e non certo priva di spessore politico si presentava la discussione, che andava oltre la sola cerchia degli studiosi del diritto commerciale in senso stretto, in ordine all’indirizzo da dare ad un processo di revisione degli assetti del complessivo diritto dell’economia. Processo di revisione che, secondo taluni, avrebbe dovuto spingersi ben oltre l’abbandono, nel codice di commercio, del criterio oggettivo fondato sull’atto di commercio a favore del modello costruito sull’attività organizzata in forma di impresa ovvero sul carattere professionale dell’attività

(4) Il brano, tratto dall’intervento del Ministro Solmi nella seduta del 25 marzo 1936 del Senato del Regno, si legge nel saggio di SOPRANO, *Codice di commercio o codice dell’economia corporativa?*, in *Foro it.* 1937, IV, 131 ss. In una successiva occasione (conferenza tenuta a Torino il 16 giugno 1939), lo stesso SOLMI, *L’idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma 1940, 38 avanzò l’idea che si potesse introdurre un codice delle attività produttive e dell’economia da affiancare tanto al codice civile quanto ad un codice di commercio ridotto a pochi istituti tipici.

A ben vedere, in ordine al dibattito circa il senso da dare alla riforma del codice di commercio, il saggio di Soprano sopra richiamato si rivela oltremodo prezioso — come del resto si può già intuire dal titolo — per comprendere: *a*) in primo luogo, le diverse posizioni teoriche e politiche che ruotavano intorno al problema dell’adeguamento delle stesse articolazioni del diritto privato in generale e delle relative categorie ordinanti a fronte sia dei processi obiettivi di trasformazione dell’economia, sia degli indirizzi politici emergenti nell’ambito dell’esperienza corporativa e degli orientamenti propri del regime fascista; *b*) in secondo luogo, il riaccendersi del dibattito di politica del diritto, a seguito della pausa imposta ai lavori di riforma del codice di commercio da parte del ministro Solmi. Non è senza significato, del resto, che in quello stesso anno (1937), e per di più sulle colonne della medesima rivista, fosse già intervenuto un altro autorevolissimo commercialista ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, in *Foro it.*, 1937, IV, 25 ss., per perorare la causa dell’unità del diritto privato e, in definitiva, per rimettere in discussione la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, quanto meno nel senso di suggerire “in sede di revisione del libro del codice civile sulle obbligazioni e i contratti” una “eventuale fusione col progetto di codice di commercio”.

Ma è ancor più significativa, data l’autorevolezza della fonte, la conferma in ordine allo spessore della discussione su quel tema che può ricavarsi dalle parole pronunciate dal Ministro Grandi, successore di Solmi, nell’autunno di due anni dopo (si v. GRANDI, *La riforma fascista dei Codici*, discorso pronunciato il 16 ottobre 1939 alla Commissione delle camere legislative per la riforma dei codici, in *Foro it.* 1939, IV, 241 ss.) su cui v. *infra* nel testo.

economica esercitata ⁽⁵⁾, sino al punto da mettere in discussione l'adeguatezza stessa dell'appellativo di "commerciale" da riservare ad un nuovo codice da affiancare a quello civile, una volta acclarati tanto il superamento dell'ideologia liberale alla base del sistema ereditato dall'Ottocento, quanto il rigetto della visione rigorosamente "speculativa" dell'attività economica alla base del codice di commercio del 1882.

Senza qui entrare nel merito delle molteplici articolazioni del dibattito che si era andato sviluppando a caldo a partire dalla presentazione del progetto D'Amelio del 1925 e che aveva registrato una significativa ripresa negli anni trenta ⁽⁶⁾, si da indurre il Ministro Solmi a fermare i lavori di riforma del codice di commercio, preme qui rimarcare che nell'autunno del 1939, ossia subito dopo il suo insediamento, il nuovo Ministro Guardasigilli Grandi non ebbe difficoltà a riconoscere la valenza politica delle incertezze che avevano inciso sino ad allora sull'*iter* della riforma. Nel discorso pronunciato innanzi alla Commissione delle camere legislative per la riforma dei codici, il ministro, rivolgendosi ai suoi interlocutori, riassunse la questione nei termini seguenti: "Le ragioni che hanno determinato una giustificata e comprensibile perplessità in ordine alla riforma del Codice commerciale voi le conoscete. La prima si riferisce alla opportunità, in questo periodo di trasformazione profonda della vita economica nazionale, ed anche di *impazienza* e eccessiva *inquietudine* legislativa, di fissare norme generali nella materia commerciale soggetta, per sua natura e per fatti d'ordine obiettivi, a trasformazioni più accentuate. La seconda si riferisce ad un punto sul quale la scienza del Diritto non ha potuto raggiungere sinora decisioni unanimi, e concerne precisamente il problema della unificazione della legge commerciale con la legge civile" ⁽⁷⁾. D'altra

⁽⁵⁾ È il caso di rimarcare che entrambe le prospettive erano presenti nello stesso codice di commercio del 1882, pur sempre all'interno del modello costruito sugli atti di commercio: per questo rilievo si v. il fondamentale saggio di ARCANGELI, *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio - La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, 23 ss.

⁽⁶⁾ Per una efficace sintesi relativamente "a caldo" si v. Casanova, *Dal diritto degli atti commerciali al diritto delle imprese commerciali*, in *Nuova rivista di diritto commerciale*, 1947-1948, 5 ss.

⁽⁷⁾ GRANDI, *La riforma fascista dei codici*, cit. 246.

parte, nel rilanciare l'attività codificatoria in quella medesima occasione, il nuovo Ministro parve propendere per la soluzione più legata alla tradizione, relativa in primo luogo alla conservazione di un autonomo codice di commercio; dunque, sembravano uscire sconfitte, innanzitutto, le pur autorevoli opinioni favorevoli ad una più radicale rimodulazione dell'altro codice da mettere accanto a quello civile.

In realtà, fatta eccezione per l'ormai acquisita determinazione di procedere all'unificazione tra disciplina commerciale e disciplina civile, quanto meno in materia di obbligazioni e contratti — unificazione da attuare in sede di elaborazione del relativo libro del codice civile, secondo un'impostazione suggerita in dottrina da Ascarelli (8) e già metabolizzata a livello politico (9) — è innegabile la cautela con cui in quel discorso dell'autunno del 1939 il nuovo Ministro Guardasigilli Grandi preannunciò le prospettive di sviluppo della codificazione con specifico riferimento al codice di commercio. Infatti, il ministro Grandi da un lato intendeva che rimanesse “intatta l'autonomia del Codice di Commercio”, a prescindere da quelle parti — in materia di obbligazioni e contratti — destinate ad essere fuse col Codice civile, dall'altro sembrava voler lasciare aperta la questione relativa “all'opportunità della Codificazione sia del Diritto commerciale sia del Diritto marittimo, in questo momento di trasformazione della nostra vita economica interna, e soprattutto di così grave e profondo sconvolgimento di tutti i rapporti internazionali”. Donde “dopo aver preso gli ordini dal Duce l'opportunità di nominare due ristretti Comitati incaricati

(8) ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, cit. La riflessione ascarelliana, a ben vedere, rispecchiava la situazione concreta venuta a determinarsi con l'affacciarsi dell'ordinamento corporativo e dunque si muoveva in una prospettiva sensibilmente diversa da quella che aveva occasionato la precedente analisi di ROTONDI, *Il progetto di riforma del codice di commercio. La questione del codice unico*, in *Mon. Trib.* 1923, 705 ss.

(9) A ben vedere sin dal 4 maggio del 1939, nel fare il bilancio della Giustizia, in un discorso alla camera dei fasci e delle corporazioni, pubblicato in *Foro it.* 1939, IV, 188 ss., il Ministro Solmi, non mancò di accennare al fatto che i nuovi codici (quello civile e quello di rito) potessero “essere rapidamente accompagnati o seguiti dal nuovo codice di commercio, nelle parti in cui questo verrà contenuto, secondo quanto sarà deciso riguardo al libro del codice civile concernente le obbligazioni ed i contratti...” (*op.cit.*, 189).

di esaminare il problema, composti ciascuno di studiosi del diritto commerciale e del diritto marittimo, e presieduti rispettivamente da due nostri eminenti camerati, il Cons. naz. Alberto Asquini, vice-Presidente della vostra Commissione, e il Sen. Antonio Scialoja”.

In realtà, nel giro di pochi mesi la cautela che aveva circondato l'annuncio di quel proposito doveva rientrare del tutto: nel discorso tenuto al Senato il 10 maggio 1940⁽¹⁰⁾, facendo il punto sul processo codificatorio, il Ministro non aveva difficoltà ad annunciare che quei due comitati stavano “approntando per questi due codici [della navigazione e di commercio] i progetti...”, i quali avrebbero seguito, nei termini affidati alla determinazione del Duce, la promulgazione dell'intero codice civile e di procedura civile per i quali il Ministro aveva fissato come data finale la scadenza dell'anno solare 1940.

Ad ogni modo, il prevalere in quella fase di un indirizzo “conservativo” dell'impianto tradizionale relativo alla ripartizione della legislazione civile è testimoniato dal fatto che a presiedere il comitato ristretto chiamato ad affrontare la questione relativa alla codificazione del diritto commerciale fosse stato designato il prof. Alberto Asquini. In effetti, quest'ultimo, eminente commercialista oltre che esponente politico, impersonava nel panorama della riflessione scientifica l'impostazione allora più equilibrata e tradizionalista nell'ottica della cultura liberale. Tale studioso, infatti, da un lato si era sempre battuto per salvaguardare l'autonomia del diritto commerciale, a sua volta ritenuta strettamente legata alla presenza di un autonomo codice di commercio, dall'altro si collocava in una posizione di mediazione rispetto al complessivo pacchetto di proposte, per certi versi più radicali, che miravano ad una più rigorosa armonizzazione dell'impianto complessivo della legislazione “civile” alle opzioni di fondo alla base dell'ordinamento corporativo ed ai principi della carta del lavoro, favorevoli all'interventismo dello Stato nell'economia. A tacer d'altro, già nella discussione emersa in occasione del progetto di riforma del codice di commercio del 1925, Asquini si era schierato a difesa di quel progetto, in evidente contrapposizione a Mossa, quanto meno nel senso (che ai nostri fini interessa qui ribadire) di marcare la significativa diversità dell'economia agricola rispetto a quella industriale e commerciale: di qui, a

⁽¹⁰⁾ GRANDI, *La riforma fascista dei codici*, in *Mon. Trib.* 1940, 457 ss., in part. 459.

suo dire, la netta distinzione tra “due sistemi giuridici diversi per l’economia di tipo agrario (diritto civile) e l’altro per l’economia di tipo commerciale e industriale (diritto commerciale)” (11).

In effetti, al di là delle modifiche introdotte, non certo di poco momento, l’impianto complessivo del progetto elaborato nel corso dei primi mesi del 1940 rimase fedele — con specifico riferimento alla sistemazione da assicurare all’agricoltura ed in generale alla materia commerciale — alle opzioni già maturate nel precedente progetto del 1925, come tale, dunque, favorevole a ribadire la conservazione del sistema binario circa la disciplina delle attività economiche fondato rispettivamente sul codice civile e sul codice di commercio.

È bensì vero che il progetto registrava l’abbandono del criterio oggettivo fondato sull’atto di commercio, che nel codice del 1882 aveva segnato la più evidente manifestazione di ossequio nei confronti della tradizione francese, a netto favore dell’impresa (12). Tuttavia, a prescindere da questo dato, il mutato linguaggio del progetto nonché il conclamato, e però molto contenuto, richiamo alla disciplina corporativa ed ai principi della carta del lavoro non erano sufficienti a nascondere sia i limiti delle innovazioni apportate rispetto al codice del 1882, sia i significativi compromessi di ordine concettuale cui si era fatto ricorso, sì da assicurare che gli esiti applicativi del nuovo codice non divergessero profondamente da quelli propri del codice allora vigente.

Il carattere chiaramente compromissorio dei criteri ordinanti adottati da Asquini risulta facilmente evidente sol che si leggano i due primi articoli del libro I del progetto in cui, in definitiva, la “materia commerciale” veniva a coincidere sostanzialmente con quella presente nel codice di commercio del 1882 e già riproposta nel progetto D’Amelio del 1925. Infatti, contrariamente alle attese

(11) ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice di diritto privato?*, in *Riv. dir. comm.* 1927, I, 522.

(12) Del resto, che l’impresa fosse diventata la figura intorno alla quale far ruotare la commercialità era opinione ampiamente diffusa nella dottrina commercialistica: una preziosa testimonianza dello stato dell’arte agli inizi del 1940, ossia quando il progetto preliminare del codice di commercio era ancora in alto mare, si legge nella prolusione tenuta nel febbraio del 1940 da AULETTA, *Collaborazione corporativa fra imprese ed autonomia del diritto commerciale*, in *Studi Economico-Giuridici* 1940.

ricavabili dalla presenza nell'intitolazione dell'art. 1 del riferimento esclusivo all'*impresa commerciale* ed all'*incipit* stesso del comma 1°, il rapporto tra l'esercizio dell'attività in *forma di impresa* e la qualifica di *commerciale* da assegnare alla prima, sì da assoggettarla alla disciplina del codice di commercio, non risultava né sufficiente e, in alcuni casi, neanche necessaria.

Dal primo punto di vista infatti, la formula di apertura del comma 1° rinveniva subito una contrazione in ordine alla sua effettiva portata, in quanto ridimensionata dal fatto che la commercialità dell'attività esigea, accanto alla forma organizzativa, il riferimento necessario ad un specifico oggetto dell'attività, puntualizzato nei numeri da 1 a 5 dello stesso comma. Dal secondo punto di vista, l'art. 2 del progetto considerava commerciale l'esercizio professionale della rivendita di merci al minuto nelle forme del piccolo commercio nonché l'esercizio della mediazione, indipendentemente, in definitiva, dalla presenza di una impresa, accontentandosi per siffatte attività del solo riferimento al carattere professionale del relativo esercizio ⁽¹³⁾.

L'indiscutibile primato che in tal modo finiva con l'essere pur sempre conservato all'oggetto dell'attività economica, nonostante la formale rilevanza assegnata al carattere di impresa o di professionalità rispettivamente assunta da quella, ben si coglie nella disposizione di cui al comma 2 dello stesso art. 1 destinato a stabilire la sorte disciplinare dell'*esercizio dell'agricoltura e della pastorizia*. Infatti, ai sensi di tale disposizione, il loro esercizio, "anche se organizzato ad impresa, non ha natura commerciale". Sempre in riferimento al rilievo del contenuto dell'attività, il comma 3° di tale norma si preoccupava di puntualizzare: "È tuttavia commerciale l'attività diretta alla trasformazione e all'alienazione dei prodotti dell'agricoltura e della pastorizia, che non rientri nell'esercizio normale dell'industria agricola o armentizia e dia luogo alla organizzazione di una impresa autonoma".

Senza analizzare le origini della formula adottata nell'ultimo

⁽¹³⁾ Sempre lo stesso art. 2, relativizzando, a sua volta, anche la portata del solo profilo professionale, così da far emergere, in definitiva, la centralità conservata all'oggetto dell'attività, escludeva dall'area della commercialità l'artigianato anche se esercitato in modo professionale.

comma ora menzionato e, più in particolare, il dibattito dottrinario che nei decenni precedenti aveva preparato il terreno per la soluzione accolta da Asquini nel progetto del 1940, è bene sottolineare, al fin di meglio comprendere gli sviluppi del processo codificatorio, che, in buona sostanza, il progetto del 1940 restava fedele a quella distinzione oggettiva tra materia commerciale e materia agricola alla base della distinzione tra codice civile e codice commerciale e, soprattutto, alla fondamentale sottrazione della agricoltura alla disciplina presente nel codice di commercio. Al tempo stesso, però, il progetto finiva, inevitabilmente, con lo sminuire in maniera consistente il rilievo che pur si voleva assegnare alla forma *impresa*, proprio nel momento storico in cui era intorno alla stessa che, secondo una opinione ormai maggioritaria, si riteneva dovesse ruotare la moderna commercialità, in modo da emancipare quest'ultima da ogni legame con il tradizionale *atto di commercio* e conseguentemente sottrarre all'applicazione della disciplina commerciale ogni atto isolato di intermediazione.

In altre parole, il “prezzo” che sul piano concettuale il progetto finiva con il pagare, al fine di riproporre in forma rinnovata la sostanza della sistemazione preesistente, coinvolgeva significativamente proprio la portata dell'*impresa* come specifica forma organizzativa dell'attività. Dal costituire un elemento pregnante sul quale la dottrina più avvertita stava da tempo puntando, al fine di rimodellare la nuova moderna “commercialità”, nel progetto Asquini la *forma impresa* veniva ad assumere una valenza sbiadita e comunque neutra in ordine alla fissazione delle rispettive aree operative del codice civile e del codice di commercio. “*Anche se svolto in forma di impresa*”, l'esercizio dell'agricoltura risultava pur sempre sottratto alla disciplina del codice di commercio.

I limiti della soluzione adottata e, dunque, il carattere “politico” del compromesso cui Asquini aveva affidato il compito di rinnovare il linguaggio del codice di commercio, senza alterare gli equilibri storici tra la borghesia terriera e il mondo dell'industria e del commercio, non sfuggivano certo a quel fine giurista. Infatti, prospettando in maniera sintetica le novità di fondo adottate, nella relazione che accompagnava il suo progetto, Asquini poneva sì l'accento sul fatto che lo stesso imperniasse “la definizione della materia di commercio sul concetto di impresa commerciale (art. 1),

e per il piccolo commercio e la mediazione sul concetto di esercizio professionale (art. 2)...”. Nello stesso tempo, però, al fine di prevenire obiezioni di cui aveva certo contezza, si preoccupava subito di chiarire che “naturalmente anche il concetto di impresa è un concetto molto relativo nella sua applicazione ai diversi settori della produzione e la legge deve tenere conto di questa relatività, per evitare rigide definizioni. Ma problemi verbali di definizione non possono influire sulle direttive politiche della codificazione” (14).

A ben vedere, una più esplicita e consapevole difesa preventiva dei capisaldi del progetto che erano a cuore di Asquini si rinviene nell'appunto ad uso interno, illustrativo del progetto e della relativa relazione, con cui il Presidente del comitato provvede il 15 giugno 1940 ufficialmente a trasmettere al Ministro Grandi il testo predisposto (15). Infatti, in apertura di quel documento in cui si offriva una sintetica illustrazione del progetto, Asquini non si limitò a confidare che restasse “fuori discussione la impostazione autonoma del codice di commercio”. Anzi, in previsione di possibili resistenze, il presidente del Comitato rivolgendosi “agli spiriti inquieti che ancora ne discutono”, riassumeva il punto di vista, peraltro già illustrato nella relazione, rimarcando che l'autonomia del codice di commercio: *a)* rifletteva innanzitutto alcuni caratteri originali della civiltà giuridica italiana; *b)* rinverdiva, grazie al recupero dell'originaria impronta corporativa del diritto commerciale, gli istituti tradizionali commerciali tramandati dalla tradizione per di più “ricostruendoli sulla base del concetto di impresa e ponendoli a contatto con le fonti odierne dell'ordinamento corporativo e con i principi della Carta del lavoro”; *c)* “rispondeva ad esigenze sostanziali ed

(14) Le espressioni citate tratte dalla Relazione al progetto preliminare del codice di commercio si leggono in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Lavori preparatori del codice civile (1939-1941), vol. III, Roma 1942, 6.

(15) Il documento elaborato da Asquini, in cui si illustra il lavoro svolto dal Comitato, si trova in ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto busta 22. Tutti i membri del Comitato, come ivi si legge, avevano partecipato attivamente alla predisposizione, in sette mesi (novembre 1939-giugno 1940) del progetto del codice di Commercio. In particolare, Ferri e Frè furono impegnati per la parte generale e le società commerciali, De Gregorio e Greco per i contratti commerciali, Messineo per i titoli di credito, Miraulo, Russo e Satta per le procedure concorsuali; la parte penale, ancora in elaborazione nel giugno del 1940, era stata viceversa affidata a De Marsico.

attuali”, atteso che il codice di commercio è destinato a disciplinare i settori della moderna economia organizzata a base mobiliare, ossia di quei settori “che si distaccano da quelli dell’economia agraria, per i metodi di organizzazione economica, per lo sviluppo dei cicli della produzione, per i tipi di contrattazione, per il diverso funzionamento del credito ecc.”.

Le precisazioni avanzate da Asquini non impedirono, però, che la dottrina più accorta mettesse subito il dito nella piaga, facendo emergere alla luce del sole le questioni “scottanti” che avevano indotto a privare di coerenza e di forza l’unica possibile idea-guida per una riforma modernizzatrice del codice di commercio, consistente, appunto, nel collocare al centro della commercialità la forma di impresa e trarre con rigore tutte le conseguenze che tale scelta avrebbe portato seco.

Questa censura di fondo al progetto Asquini trovò una ferma illustrazione in un lucido quanto articolato saggio di Giuseppe Ferri che, peraltro, insieme a Frè, aveva coadiuvato lo stesso Asquini nel predisporre la relazione al progetto. In un articolo apparso su più riviste ⁽¹⁶⁾, all’indomani della presentazione ufficiale del progetto, il prof. Ferri rimarcò innanzitutto l’incoerenza del progetto a fronte della pur sbandierata soluzione di sostituire alla nozione di atto di commercio quella di impresa, ossia dell’“organizzazione produttiva” e dunque di porre su questa seconda nozione “l’essenza della commercialità”. Infatti, secondo il Ferri, “accogliere il concetto di impresa come elemento determinante della commercialità” avrebbe dovuto implicare l’estensione dell’“ambito della materia di commercio al di là dei limiti attuali, fino a ricomprendervi l’impresa agricola”: soluzione che, viceversa, il progetto non aveva ritenuto di accogliere. Sotto altro profilo, il progetto non realizzava certo “il codice delle imprese”, posto che per il piccolo commercio e la mediazione, la commercialità era sganciata dalla ricorrenza della impresa e, viceversa, collegata al solo carattere professionale dell’attività svolta.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento nel testo è al saggio di FERRI, *L’impresa nel sistema del progetto del codice di commercio*, in *Diritto e pratica commerciale* 1940, I, 193 ss. Sul ruolo di Ferri nell’opera codificatoria si v. TREGGIARI, *Di Giuseppe Ferri, dei codici e di altre cose commendevoli*, in *Riv. dir. comm.* 1996, I, 455.

Le riflessioni di Ferri, peraltro, non si limitavano a queste pur giustissime osservazioni critiche, ma investivano anche le più profonde ragioni economico-sociali che erano alla base della ribadita distinzione di trattamento tra materia commerciale e materia agricola, pur in presenza, per quest'ultima, di un esercizio in forma di impresa. In primo luogo, Ferri tenne a rimarcare che le esigenze proprie dell'agricoltura, soprattutto la diversità del ciclo produttivo, non costituivano una ragione convincente per escludere l'impresa agricola dalla materia di commercio, non fosse altro perché lo stesso progetto assoggettava alla legge commerciale le imprese agricole che avessero assunto la forma delle società commerciali (si v. l'art. 113 del progetto). Ovviamente, la ricomprensione dell'impresa agricola nel codice di commercio non doveva escludere "la possibilità di una disciplina particolare", peraltro già presente per le aziende di credito e le imprese di assicurazioni. Andando al nocciolo della questione, il prof. Ferri concludeva sulla portata ultima dell'assoggettamento dell'impresa agricola alla disciplina del codice di commercio, osservando che "se poi lo spauracchio del fallimento è considerato tale nell'ambiente agricolo, si può agevolmente disporre per l'azienda agricola dissestata, ciò che è disposto anche per altre aziende commerciali, e cioè una procedura di liquidazione coattiva" (17).

In secondo luogo, Ferri prospettava anche alcune ragioni di tecnica legislativa di non poco rilievo al fine di suggerire che l'impresa agricola dovesse venire comunque ricompresa nella disciplina del codice di commercio, avendo assunto che questa ultima dovesse ruotare intorno al concetto di impresa. A suo dire, una volta riconosciuto che l'organizzazione dell'impresa, le sue forme, le regole fondamentali relative al suo esercizio dovevano essere contenute nel codice di commercio, e che era questo secondo corpo normativo a trattare dell'azienda, dei segni distintivi, della concorrenza sleale, dei contratti di impresa, avrebbe dovuto preferirsi una soluzione in grado di assicurare l'applicazione diretta di tali norme all'impresa agricola, piuttosto che conseguire il medesimo risultato mediante il ricorso all'analogia, faticoso e peraltro di non agevole acquisizione a causa della specialità delle norme commerciali.

Queste ultime considerazioni mettevano indirettamente a nudo

(17) G. FERRI, *op. cit.*, 195.

un ulteriore limite presente nel progetto Asquini, il quale, se da un lato ammetteva la possibilità che l'agricoltura venisse esercitata in forma di impresa, dall'altro non dettava alcuna regola per l'impresa agricola, che, così, era destinata ad operare in un quadro normativo, quello del codice civile, in cui non erano previsti gli strumenti tecnici adeguati al fenomeno economico dell'impresa in quanto tale. Come dire, dunque, che non aveva senso prospettare la presenza di una "impresa civile" in un universo disciplinare diverso da quello destinato all'"impresa commerciale", senza predisporre anche per la prima il complesso degli strumenti tecnici che tale forma organizzata di esercizio dell'attività economica necessariamente avrebbe richiesto.

A ben vedere, nelle pieghe della soluzione "compromissoria" posta da Asquini nel cuore del nuovo progetto del codice di commercio, emergeva, in tutta evidenza, la carica di ambiguità di cui veniva caricata la nozione stessa di impresa: ambiguità che, se nella riflessione della dottrina commercialistica successiva alla codificazione del 1942 doveva rivelarsi quale fonte di posizioni interpretative divergenti ⁽¹⁸⁾, nel corso dei lavori preparatori, come si cercherà di dimostrare, rappresentò in maniera esplicita il punto di emersione di un dibattito in cui dogmatica e politica si fronteggiarono in assoluta consapevolezza della posta in gioco e degli interessi in conflitto.

A questo specifico riguardo, una particolare menzione merita la riflessione sulla riforma *in itinere* prospettata da Lorenzo Mossa, tra la fine del 1940 ed i primi giorni del 1941 ⁽¹⁹⁾, ossia quando

⁽¹⁸⁾ Tale ambiguità, accentuatasi nei lavori preparatori, come si vedrà nel testo, ha trovato un preciso alimento proprio per via dell'introduzione nel codice del binomio impresa-imprenditore, con la conseguente dialettica tra una prospettiva di lettura "soggettiva" ed un'altra "oggettiva" che a sua volta rinviava ad una lettura del fenomeno ora in termini di attività ora in termini di organizzazione: sul tema, al centro di un dibattito che ha attraversato per molti decenni la riflessione in materia e che, per certi versi, non risulta ancora sopito, si v. la lucidissima lettura fornita, con la consueta tempestività, da ASCARELLI, *Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la codificazione*, pubblicata nel 1959 nella *Rivista delle società*, ed ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano 1959, t. II, 781 ss., in part. 784 ss.

⁽¹⁹⁾ Il riferimento nel testo è al saggio di MOSSA, *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, in *Arch. Studi corporativi* 1941, fasc.1, 63 ss.. Il testo del saggio era stato approntato prima che nel gennaio del 1941 venisse formalizzata nel Consiglio dei ministri la decisione di eliminare il codice di commercio e di introdurre nel nuovo

ufficialmente il progetto preliminare del codice di commercio non era stato ancora abbandonato ed era ancora del tutto riservato quello che sarebbe divenuto il progetto preliminare del libro V del successivo codice civile unificato. Anche nell'analisi di Mossa il banco di prova più esemplare della nozione di impresa, da assumere a pilastro intorno al quale costruire il nuovo diritto privato dell'economia, tornava ad essere rappresentato dal trattamento da riservare all'attività agricola, atteso che "nell'ora della codificazione commerciale" non poteva non acutizzarsi "un altro non nuovo problema italiano, quello dei rapporti tra agricoltura e diritto commerciale" (20).

Nel quadro di un approccio teorico che prendeva il via da una nozione *forte* di impresa, era innanzitutto facile sottolineare che "l'impresa agraria non è fatta necessariamente per il mercato come l'impresa commerciale, e quando è fatta per il mercato nel suo medio calibro, non abbisogna di quelle forme giuridiche che sono tipiche ed indispensabili per l'impresa commerciale"... potendo fare a meno "dell'organizzazione di pubblicità, di rappresentanza, e contabilità che sono proprie di ogni vera impresa commerciale" (21). In realtà, al di sopra di osservazioni di portata generale, "che spiegano la ritrosia del diritto dell'economia a ricondurre le imprese agrarie

codice civile un libro dedicato alla impresa ed al lavoro. Più precisamente, all'epoca della stesura del suo saggio, Mossa ignorava il progetto preliminare del nuovo libro V che, come si chiarirà *infra*, venne pubblicizzato in una stretta cerchia di giuristi e di associazioni di categoria dopo il 6 gennaio di quello stesso anno. La riprova si rinviene nella tormentata vicenda relativa alla pubblicazione del suo lavoro, che era stato rifiutato dalla Rivista di diritto commerciale per volere di Asquini: sul punto, si v. quanto riferito da TETI, *op.cit.*, 242, nt.126 sulla scorta dei documenti pubblicati dallo stesso Mossa nell'opuscolo *Corto epistolario per i codici fascisti*, Livorno 1946. Ad ogni modo, e lo si vedrà *infra* nel testo, il contributo elaborato dal commercialista pisano è di sicuro rilievo per evidenziare la concreta opzione di politica del diritto consapevolmente perseguita da coloro che guidavano ed orientavano il processo di codificazione, in particolare quella appunto legata all'adozione di una nozione generica ed estremamente lata di impresa in grado di abbracciare, nella prospettiva corporativa, anche quei fenomeni economici che per qualità e dimensioni erano lungi dal rientrare nello stampo di quella nozione di impresa che nel pensiero del Mossa riguardava esclusivamente il fenomeno moderno della grande struttura produttiva dotata di una significativa organizzazione di lavoratori e proiettata dinamicamente su un ampio mercato.

(20) MOSSA, *op. cit.*, 80.

(21) MOSSA, *op. cit.*, 81.

nel diritto commerciale...”, nell’interrogarsi circa la possibile rispondenza della formula impresa agraria ad “una espressione nominale” ovvero ad “una nozione amorfa di puro diritto pubblico o dell’economia”, l’autorevole commercialista pisano prospettava ed al tempo stesso denunciava un’alternativa concettuale sottesa al termine impresa illuminante per comprendere il senso “politico” della successiva codificazione.

Secondo Mossa, l’impresa commerciale non si identifica nella sola attività organizzata, ma rappresenta “un’entità, un’unità giuridica, che esiste come tale nel mondo del diritto, con il suo nome proprio, con il suo diritto di affermazione e di difesa...” Si tratta, dunque, di un organismo: “questo è l’impresa che, personificata o non personificata, compatta od atomistica, è una *cosa* ben riconosciuta” (22). Su questa premessa, non aveva difficoltà a concludere che anche “l’impresa agricola, se organizzata in questa maniera è commerciale”. A ben vedere, però, Mossa non si fermava a questa conclusione, che in definitiva coincideva con quella espressa dal Ferri. Approfondendo l’indagine in ordine all’uso anfibologico del termine impresa, Mossa poneva a nudo la questione fondamentale “Se, invece, come di regola avviene, questa organizzazione manca, impresa altro non significa che un’*attività economica organizzata, senza creazione di un organismo giuridico dotato di propria vitalità al di là della sfera della persona*” (23). In questa seconda accezione, in definitiva, il termine non operava più “nel senso del diritto privato, dei rapporti molteplici e complessi delle cose congiunte e dell’imprenditore, e di questo col grande pubblico”. In questo caso, dunque, “il significato dell’impresa è un altro, quello generico, quello della Carta del lavoro nelle sue dichiarazioni, in virtù delle quali si ordina l’economia della nazione, in ogni campo di attività, naturalmente senza preoccupazione di riconoscere o creare un organismo di diritto privato” (24). Come tale, per via della sua genericità, poteva rivelarsi adeguata alle esigenze e funzioni del diritto dell’economia, del diritto pubblico, costituzionale, amministrativo e tributario, restando pur sempre distinta da quella rispon-

(22) MOSSA, *op. cit.*, 82.

(23) MOSSA, *ibid.*

(24) MOSSA, *ibid.*

dente alle funzioni proprie del diritto privato e del diritto del lavoro.

A conclusione di queste osservazioni, Mossa non si limitava soltanto a dichiararsi apertamente contrario all'unione di quelle tre funzioni (di diritto dell'economia, di diritto commerciale, di diritto del lavoro); con singolare lucidità, era in grado di preannunciare che in ogni caso, ove fosse stata adottata quella soluzione, essa avrebbe rappresentato una unione soltanto formale "che nel seno del diritto privato farebbe rinascere il problema della qualificazione giuridica della impresa agraria" (25).

3. *Dal progetto del codice di commercio alla versione preliminare del libro V del codice civile unificato.*

In realtà, il progetto preliminare del nuovo codice di commercio finì con l'aver una vita effimera (26). Il suo rapido e travolgente tramonto ebbe inizio nel momento stesso in cui, nell'estate del 1940, esso veniva ufficialmente presentato al capo del Governo. Senza entrare nei dettagli di un'indagine da affrontare in altro luogo, è sufficiente qui limitarsi ad osservare che un'obiezione avanzata dallo stesso Mussolini, in occasione della presentazione del progetto svoltasi il 27 luglio 1940, doveva mettere a nudo il carattere "tradizionale" dell'impianto del codice di commercio rispetto ad una visione organica dell'intera vita economica e lavorativa cui si ispirava l'ordinamento corporativo. Quella obiezione, in definitiva, parve "spiazzare" l'operazione culturale perseguita da Asquini nell'elaborazione del progetto e sino ad allora avallata dal Ministro Grandi.

In effetti, l'osservazione fatta dal capo del governo, secondo la recente testimonianza resa da Oppo (27) e relativa allo "sfogo" di

(25) MOSSA, *op. cit.*, 83.

(26) L'affermazione nel testo, ovviamente, si riferisce alla struttura complessiva e al contenuto della parte generale del libro I e non certo al contenuto disciplinare che per le rispondenti parti, soprattutto quelle dettate per le società, finì con il rifluire nella normativa poi accolta nel libro V del codice civile.

(27) OPPO, *Ancora sulla "svolta" del diritto commerciale*, in ID., *Principi e problemi del diritto privato, Scritti giuridici VI*, Milano 2000, 182. Quest'ultimo, presente nello studio Asquini e interlocutore del maestro in ordine alla codificazione allora *in itinere* colloca nell'estate del 1940 un incontro nel corso del quale Asquini, reduce da una riunione della Commissione, avrebbe annunciato, con qualche disappunto, che "del

Asquini, appena reduce dall'incontro con il capo del governo, coglieva, per certi versi, nel segno: la prospettiva "corporativa", indirizzata ad abbracciare tutte le manifestazioni dell'attività lavorativa e professionale, vale a dire tutta la vita economica del paese, rimaneva fuori dalla struttura di un codice che pur sempre si indirizzava solo al mondo del commercio e dell'industria⁽²⁸⁾. Siffatta osservazione, per quanto non destinata nell'immediato ad intralciare ufficialmente l'iter procedimentale per via del quale il progetto preliminare del nuovo codice di commercio sarebbe stato sottoposto al vaglio delle Commissioni legislative ed alle osservazioni della comunità scientifica, delle Università e degli ordini professio-

codice di commercio non se ne sarebbe fatto più nulla". Secondo la testimonianza di Oppo, alla sua richiesta di chiarimenti "la risposta di Asquini fu: "il problema è nato in modo terminologico ma non è solo terminologico". Infatti in quell'incontro il Capo del Governo aveva osservato: "Perché ancora oggi un codice di commercio? Perché di commercio, non delle attività economiche, perché non del lavoro; perché non dell'economia corporativa?" o qualcosa di simile". Secondo lo stesso OPPO, *op. loc. cit.*, all'episodio riportato vanno collegate alcune frasi con cui lo stesso Asquini avrebbe successivamente rappresentato in forma sintetica la svolta intervenuta nell'estate del 1940: il riferimento è al saggio di Asquini con cui si apre il corso sui *I titoli di credito*, *Lezioni di diritto commerciale*, Padova 1951.

A ben vedere, che dietro l'abbandono del progetto del codice di commercio vi fosse qualcosa di più di un semplice quanto improvviso mutamento di impostazione da parte del ministro Grandi e che, in definitiva, costui si fosse semplicemente adeguato ad una indicazione proveniente o comunque avallata dall'alto (leggi il Duce) non sfuggì ad acuti osservatori. Secondo VALERI, *Il codice di commercio. I Come fu soppresso - II Come dovrà risorgere* cit., 14-15 "L'uomo della strada, che è scettico per natura, pone a sé stesso il quesito se il Ministro, nell'ultima fase del suo pensiero intorno alla legislazione commerciale, abbia ceduto, anziché all'autorità della ragione, alla ragione dell'autorità. Ed, invero, è perfettamente comprensibile, che in una concezione fascista estremista — quale può essere una concezione mussoliniana — il diritto commerciale dovesse sparire" [il corsivo è nostro].

(28) "Il colpo di scena si ebbe, quando elementi attivisti sindacali domandarono la codificazione del diritto del lavoro lasciato fuori dal Ministero della Giustizia fascista, e la responsabilità corporativa delle imprese industriali. Il dualismo dei codici apparve la consacrazione del privilegio capitalista, ed il modello della Russia che aveva stretto insieme, in un moncone di codice civile, diritto commerciale e diritto delle obbligazioni, apparve ai frondisti sindacali quale una garanzia di novità rivoluzionaria": così MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Riv. dir. comm.* 1945, I, 6, nel rievocare, a suo modo, il clima politico nel quale, a partire dall'estate del 1940, cominciò a mettersi in discussione il progetto del codice di commercio del 1940 e si riavviò il dibattito sull'unificazione del diritto privato.

nali, dovette pesare come un macigno sulle scelte sino ad allora adottate dal Ministro Grandi. L'obiezione avanzata dal Duce, oggettivamente, rafforzava l'indirizzo politico più incline ad orientare la legislazione civile ai principi corporativi. A tacer d'altro, agli occhi del ministro quell'autorevole osservazione critica attribuiva indubbia legittimazione di politica del diritto all'orientamento, pur emerso nel precedente dibattito dei giuristi e degli operatori e comunque tutto ancora da costruire dal punto di vista strettamente tecnico, incline a porre al centro del codice, da collocare accanto a quello civile, non già la sola realtà economica fondata sul commercio e sull'industria, bensì l'intero tessuto delle attività produttive di ricchezza in senso lato che l'ordinamento corporativo aveva inteso abbracciare e prendere in considerazione, sì da indirizzare gli sforzi e le energie lavorative di tutti a vantaggio della nazione. Orientamento, dunque, che intendeva prendere le distanze da un codice destinato al solo commercio, a favore di un diverso codice in grado di comprendere e disciplinare tutte le manifestazioni dell'economia, tutte le forme di ricchezza di una nazione che, peraltro, a partire dal giugno del 1940 era coinvolta in una nuova guerra europea e, dunque, nelle condizioni di pretendere, agli occhi della classe politica al potere, un coinvolgimento pieno di tutti i cittadini produttori. Orientamento, del resto, in cui si facevano sentire anche confuse quanto velleitarie impostazioni anticapitalistiche che se da una parte erano portate ad identificare l'attività commerciale con quella puramente dedita alla "speculazione", come tale ritenuta non produttiva, anzi, addirittura parassitaria, dall'altra muovevano in direzione di un affermato primato della politica e degli interessi sociali sul tradizionale liberismo economico ⁽²⁹⁾.

La *querelle* alimentata dalle osservazioni del Duce, per quanto contenuta negli ambienti politico sindacali di vertice, dovette rivelarsi assai vivace. Se da una parte, Asquini, commentando a distanza di anni quegli avvenimenti, non esitò a parlare di "improvvisate censure di ordine politico, che denunciavano il codice di commercio

⁽²⁹⁾ Sul peso che questi orientamenti politici ebbero in occasione del dibattito sulle vicende del progetto preliminare del codice di commercio, si v. quanto ebbe a scrivere MESSINEO, "Libro dell'impresa" e materia di commercio, in *Banca e borsa e titoli di credito* 1940, 183.

come espressione di spirito conservatore”⁽³⁰⁾, dall'altra vi fu taluno⁽³¹⁾ che addebitò apertamente “alla passione ed alla intransigenza degli esponenti della scienza giuridica commerciale italiana”⁽³²⁾ [leggi Asquini] la tesi “*paradossale*”⁽³³⁾ favorevole ad inquadrare “tutto il diritto corporativo..... sotto le grandi ali protettrici della legge commerciale”⁽³⁴⁾, tesi appunto che avrebbe ispirato il progetto preliminare di riforma del codice di commercio.

L'esigenza di procedere ad una rimeditazione, più precisamente ad una revisione del lavoro sino ad allora svolto, ed in primo luogo, ad una attenta verifica circa la percorribilità di una strada diversa da quella sino ad allora seguita dovette coesistere, a giudizio di Grandi, con la necessità di non abbandonare al proprio destino e, per di più prematuramente, il progetto preliminare del codice di commercio predisposto da Asquini. Una soluzione di questo tipo, a ben vedere, avrebbe significato ufficialmente un clamoroso fallimento politico del ministro Grandi e del prof. Asquini che aveva redatto quel progetto. Di qui, l'adozione da parte del Ministro, d'intesa con lo stesso Asquini, di una doppia linea di azione. Da un lato, sul piano ufficiale, il progetto del codice di commercio, già presentato al Duce nel luglio del 1940, veniva trasmesso alle Commissioni legislative nel rispetto dell'iter procedimentale seguito sino ad allora per l'intero lavoro della nuova codificazione. Ciò implicava, in ogni caso, la conferma dell'opzione favorevole a mantenere in vita due codici, quello civile e quello destinato a prendere il posto del codice di commercio, una volta verificata in concreto la percorribilità, sul piano tecnico, dell'impostazione tutta politica contenuta *in nuce* nel rilievo fatto proprio da Mussolini nell'estate del 1940.

(30) Così ASQUINI, *Titoli di credito, lezioni di diritto commerciale*, Padova 1951, 12.

(31) Il riferimento è a ROBERTI, *Il lavoro nel nuovo codice civile*, in *Terra e lavoro*, aprile 1941, 11 ss., autorevole esponente della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura.

(32) ROBERTI, *op. cit.*, 14.

(33) ROBERTI, *Ibidem*. Il corsivo è nell'originale.

(34) ROBERTI, *Ibidem*. Pur ritenendo ormai chiusa la polemica, una volta soppresso il Codice di Commercio, l'esponente sindacale sentì comunque il bisogno di rendere testimonianza della battaglia intervenuta: “il cammino per giungere a tale soluzione non è stato lieve, né breve, perché non si spezza senza incontrare serie difficoltà, una tradizione secolare quale è quella della legge commerciale e non è facile convincere i commercialisti della cattedra, della dottrina, della professione...”.

Dall'altro, spettò allo stesso Asquini il compito di effettuare, in via del tutto riservata, quest'ultima ricognizione e, dunque, di adeguare il progetto, soprattutto con riferimento al suo libro primo, alle indicazioni politiche autorevolmente prospettate dal Duce, con tutte le modifiche da apportare alla complessiva struttura del nuovo codice destinato a prendere vita accanto a quello civile. La soluzione a cui venne chiamato a lavorare lo stesso Asquini tra l'estate e l'autunno del 1940 era appunto orientata, sia all'ampliamento dell'area dei soggetti economici e dunque delle complessive attività da sottoporre alla disciplina di questo nuovo originale codice, sia a rivedere la stessa conseguente individuazione delle materie da inquadrare in esso e la relativa ripartizione in libri.

Erano queste ultime, a ben vedere, le questioni fondamentali più difficili da affrontare, posto che il diritto delle società commerciali faceva corpo a sé e dunque non sembrava presentare particolari problemi, dovendo in ogni caso con pochi ritocchi rifluire nel nuovo codice, laddove per i contratti prendeva sempre più quota l'idea di procedere alla riunificazione della loro disciplina nel rispondente libro del codice civile. In quella fase, dunque, continuava a restare fuori discussione la previsione di articolare la codificazione su due codici, l'uno quello civile, l'altro destinato a prendere il posto del codice di commercio. Al riguardo, è oltremodo significativo che, sino a tutto il novembre del 1940, nell'illustrare i progressi in ordine all'elaborazione del codice civile, il Ministro Grandi, in occasioni di importanti quanto ufficiali riunioni anche del Consiglio dei Ministri, prospettò la prosecuzione dei relativi lavori, confermando che il nuovo codice civile sarebbe stato composto di cinque libri: ai primi due già pubblicati in tema di persone e di successioni sarebbero seguiti il libro terzo relativo alla proprietà, il quarto avente ad oggetto contratti ed obbligazioni, il quinto destinato alla tutela dei diritti. Del resto, è in quello stesso lasso di tempo che, sulla base di sollecitazioni avanzate dallo stesso Ministro, venivano raccolti preziosi contributi di studiosi, di operatori pratici, di associazioni di categoria ⁽³⁵⁾, sul progetto di codice di commercio presentato da

⁽³⁵⁾ Con un documento del 20 settembre 1940, in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 22, la Confederazione fascista degli agricoltori, per il tramite del suo Ufficio studi legislativi provvide ad inviare al Ministero alcune osservazioni sul

Asquini nel luglio del 1940. A sua volta, la Commissione legislativa, avendo completato l'analisi di quel medesimo progetto, in data 25 ottobre del 1940 inviò al Ministro, attraverso il suo presidente Mariano D'Amelio ⁽³⁶⁾, l'intero dossier delle osservazioni e proposte avanzate dalla Commissione.

In realtà, la revisione dell'impianto originario del primo libro del progetto del nuovo codice che avrebbe dovuto prendere il posto del codice di commercio era stata portata avanti da Asquini, in gran segreto, tra la fine di luglio e la seconda metà di ottobre. Una preziosissima testimonianza che, per ragioni sulle quali si dovrà necessariamente ritornare, è stata occultata dagli interessati e peraltro sino ad ora è stranamente sfuggita all'attenzione degli studiosi, si

progetto Ministeriale del codice di Commercio. A proposito della soluzione adottata per l'agricoltura, la confederazione non si limitò ad approvare il testo della norma, ma si preoccupò di avanzare un'interpretazione autentica della stessa, suggerendo un'eventuale modifica ovvero un semplice chiarimento nella Relazione al codice, ove la stessa disposizione avesse prestato l'adito ad interpretazioni difformi. "Quindi, secondo l'intendimento di questa Confederazione, deve riconoscersi la natura civile alle imprese di trasformazione dei prodotti dell'industria agricola e armentizia (e considerazioni analoghe valgono per le imprese di alienazione) ogni volta che la trasformazione sia compiuta dall'agricoltore sui prodotti del fondo da lui coltivati o del bestiame da lui allevato o curato; e ciò anche quando oltre ai prodotti propri l'agricoltore trasformi prodotti acquistati, sempreché questi non siano prevalenti rispetto a quelli. D'altra parte resta indifferente la dimensione che venga ad assumere l'impresa di trasformazione, quando l'oggetto di questa sia da considerarsi rientrante nell'esercizio normale dell'industria agricola" (la sottolineatura è nostra).

⁽³⁶⁾ È il caso di osservare che il Pres. D'Amelio, già responsabile dell'elaborazione del progetto di codice di Commercio del 1925, aveva a sua volta provveduto in data 24 settembre 1940 ad inviare al ministero alcune sue osservazioni sommarie sul progetto del codice di commercio (il dattiloscritto si trova in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 22). Tra le varie osservazioni merita qui riportare quella avanzata a proposito dell'art. 1 del progetto con specifico riferimento al trattamento riservato all'esercizio della agricoltura e della pastorizia. Pur riconoscendo che la soluzione accolta nel comma 3° dell'art. 1 del progetto si presentava superiore dal punto di vista dottrinale rispetto a quella presente nel progetto del 1925, D'Amelio rilevò che, a fronte della formula "esercizio della agricoltura e della pastorizia" presente nel primo capoverso, il secondo capoverso aveva introdotto il riferimento alla "industria agricola o armentizia" che poteva accentuare le difficoltà interpretative; sicché prospettava di emendare l'ultimo capoverso con la seguente formula "È tuttavia commerciale l'attività diretta alla trasformazione e all'alienazione dei prodotti dell'agricoltura e della pastorizia che non entri nell'esercizio normale dell'agricoltura e della pastorizia e dia luogo all'organizzazione di un'impresa autonoma".

rinviene in un importante documento conservato presso l'Archivio Centrale di Stato ⁽³⁷⁾. Si tratta di una bozza di stampa ⁽³⁸⁾, dal titolo "verbale n. 1", in cui è riprodotta la trascrizione ufficiale di una riunione tenutasi il 29 ottobre 1940. Come si evince dal contenuto, tale verbale attiene ad una riunione ristretta del Comitato, destinato ad essere integrato con i rappresentanti di tutte le confederazioni, chiamato ad modificare gli istituti principali del Libro delle obbligazioni, al fine di adeguarlo ai principi dello stato fascista, in particolare di migliorare il contenuto sostanziale del contratto di lavoro, nonché di raggruppare in un titolo a parte i contratti di lavoro. Nel corso della riunione, voluta da Grandi ed alla quale erano stati convocati soltanto i rappresentanti delle associazioni sindacali, il Ministro intervenne in apertura di seduta, per fornire ai partecipanti alcune importanti indicazioni sullo sviluppo dei lavori relativi alla codificazione.

Tra l'altro, il Guardasigilli sottolineò l'opportunità di raccogliere in un nuovo autonomo titolo, da inserire nel libro delle obbligazioni, la disciplina relativa ai contratti di lavoro e di associazione, con l'inclusione anche del contratto d'opera intellettuale e dei contratti agrari di compartecipazione ⁽³⁹⁾. Ai nostri fini, è interessante qui richiamare l'attenzione sulla parte finale dell'intervento di Grandi come risulta verbalizzata.

In primo luogo, anticipando ai presenti, ciò che sarebbe effettivamente avvenuto a distanza di poco più di un mese da quella data,

⁽³⁷⁾ Lo si può rinvenire di ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 28.

⁽³⁸⁾ La bozza di stampa, tirata secondo i medesimi tipi con i quali risultano pubblicati gli Atti della Commissione delle assemblee legislative edita dalla tipografia del Senato si rinviene in ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto Riforma dei codici* busta 28. È importante rimarcare che sulla prima pagina a stampa intitolata "Verbale n. 1" relativa ad una riunione del 29 ottobre 1940 è tracciata in diagonale una riga a matita che si chiude in alto con il termine sottolineato "ritirato". Nella intitolazione della medesima pagina sono elencati i partecipanti alla riunione: accanto al consigliere nazionale Biagi intervenuto nella veste di Presidente, ed al Ministro Grandi, risultano presenti Anselmi, Censi, Chiarelli, Fodale Onorati, Sermonti e Vavassori; in qualità di segretari assistono Cosentino, Romanelli e La Mesa.

⁽³⁹⁾ Circostanza, questa, confermata anche da VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. Scienze Giur.* 1947, 76 ss., in part. 88, nt. 11, secondo il quale "In luogo di un titolo *Del lavoro*, prima progettato secondo usati schemi pel libro *Delle obbligazioni*, nacque il libro *Del Lavoro*".

il Ministro comunicò di essere stato autorizzato a presentare nel successivo Consiglio dei ministri un disegno di legge volto a dare valenza di “legge costituzionale” alla Carta del lavoro, precisando, altresì che l’art. 2 di tale disegno di legge avrebbe esteso i poteri di delega per la riforma dei Codici, “soprattutto per potere rimettere le mani nel Libro Primo del codice civile, che deve essere — ad eccezione dell’istituto della famiglia — adeguato alla nuova linea che tutto il Codice viene ad assumere”.

In secondo luogo, dopo aver esaurito questa prima comunicazione, il verbale prosegue con le seguenti affermazioni così riprodotte nella pagina a stampa:

“[Il Ministro] Desidera infine dare, in via riservata, una notizia che sarà annunciata in modo solenne dal Duce.

Il Duce ha deciso che si faccia il *Codice della produzione e del lavoro*, il quale sostanzialmente si comporrà di tre parti.

Vi saranno anzitutto delle norme generali comuni a tutte le imprese. Sarà disciplinata l’impresa agricola, che è una cosa diversa dalla proprietà. Si è tentato, a questo proposito, di sostenere che l’istituto della proprietà debba essere regolato nel codice della produzione e del lavoro. Ora la proprietà è prima di tutto un attributo della personalità umana e, secondo le parole del Duce, la completa. La proprietà è una cosa diversa dall’impresa: la proprietà può essere impresa, ma questa può non essere proprietà.

Saranno inoltre disciplinate l’impresa industriale e quella commerciale.

È sua intenzione che questo nuovo Codice sia preparato da tutte le amministrazioni interessate e poi coordinate dal Ministero della giustizia”.

Questo documento ufficiale se da un lato smentisce la ricostruzione “interessata” prospettata nel 1942 dallo stesso Ministro Grandi, secondo la quale l’unificazione dei codici sarebbe stata da lui perseguita sin dal luglio del 1940 ⁽⁴⁰⁾, dall’altro rafforza la

(40) Infatti, secondo GRANDI, *Prefazione e Relazione al duce* del 27 luglio 1940, in *Lavori preparatori del codice civile Progetti preliminari*, vol. I, Roma 1942, rispettivamente IV-XVII e XXXIV-XXXIX., non solo la decisione favorevole alla soppressione del codice di commercio ed all’unificazione del diritto privato sarebbe maturata addirittura nella riunione del 27 luglio del 1940, ma gli stessi lavori di elaborazione del nuovo libro V sarebbero stati svolti tra il 4 agosto 1940 ed il 4 dicembre dello stesso anno. A seguito delle perplessità sollevate da un attento osservatore delle vicende relative alla codificazione (si v. in particolare quanto scriveva VALERI, *Il codice di commercio. I Come fu soppresso - II Come dovrà risorgere* cit., 14 ss.) fu per primo VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Riv. Scienze Giur.* 1947, 76 ss., in part. 88, nt. 11, protagonista di quegli avvenimenti, a sostenere che la versione avanzata dal Ministro effettivamente si

verosimiglianza dell'ipotesi, che qui si intende avanzare, per la quale l'unificazione dei codici si rivelò, all'*ultim'ora* ⁽⁴¹⁾, l'unica via praticabile al fine di superare le concrete difficoltà di dare una veste compiuta a quel *codice dell'economia corporativa* che avrebbe dovuto prendere il posto del codice di commercio e verso la cui elaborazione si era orientato il lavoro dello stesso Asquini ⁽⁴²⁾.

fondava su una retrodatazione di una decisione più tarda. La testimonianza di Vassalli e quella di ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.* 1967, I, 1 ss., in part. 7., per quanto non prive di differenze tra loro, collocano tale decisione prima della fine dell'anno 1940, più precisamente a ridosso della riunione del Consiglio dei ministri del 30 novembre 1940 (riunione in cui furono approvati i testi del libro sulla proprietà e quello sulla tutela dei diritti ed in cui il Guardasigilli aveva presentato il disegno di legge relativo all'attribuzione di valore legislativo alla Carta del lavoro). Sul punto v. *infra* nel testo. In realtà, al di là del fatto che, con quella retrodatazione, Grandi mirava ad ascrivere a suoi merito l'unificazione dei codici, l'indicazione della data del 4 agosto non è priva di significato. Molto probabilmente, fu da quella data che, a seguito delle osservazioni critiche avanzate dallo stesso Duce al progetto preliminare del codice di commercio alla fine di luglio di quello stesso anno, il Ministro si convinse della opportunità di abbandonare al suo destino il codice di commercio, affidando allo stesso Asquini il compito di battere la strada per l'elaborazione di un codice dell'economia corporativa: elaborazione che, se da un lato contribuì alla costruzione del futuro libro V del lavoro del codice civile unificato, dall'altro per via del suo stesso fallimento, agevolò l'unificazione dei codici. Quanto, poi, all'altra data, quella del 4 dicembre, essa è significativa, come si potrà vedere in prosieguo.

⁽⁴¹⁾ L'espressione richiamata nel testo, riflettente un'opinione peraltro diffusa tra gli addetti ai lavori, ricorre in un articolo, destinato alla stampa ma probabilmente rimasto inedito, elaborato da FRÈ, *I codici* ed inviato il 6 aprile 1942 all'allora Ministro della Giustizia Azzariti (in ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 34). Secondo Frè, l'unificazione sarebbe stata appunto "una soluzione adottata all'ultim'ora più per amore di novità che per soddisfare una esigenza sentita dalla pratica o dimostrata dalla scuola".

⁽⁴²⁾ Del resto il porre l'accento sulla "produzione" sembrava riflettere l'adesione a quell'indirizzo politico ideologico che proprio perché ostile al diritto commerciale, in quanto avente ad oggetto un'attività ritenuta meramente speculativa, come tale non produttiva di ricchezza, denunciava la presenza di un'incompatibilità tra i principi economici e politici dell'ordinamento corporativo e l'elemento lucrativo insito nell'attività di commercio (esemplare, al riguardo, l'opinione manifestata dalla Confederazione dei lavoratori in agricoltura: su cui v. *infra* nt. 47). Sotto questo profilo, assume significato pregnante la limpida, quanto importante, puntualizzazione offerta da MESSINEO, *"Libro dell'impresa" e materia di commercio* cit., 182 ss., il quale, nel rimarcare proprio il carattere produttivo della stessa attività di intermediazione commerciale e dunque nel sostenere quello che da altri si intendeva negare, al fine di sopprimere un

Sebbene Asquini abbia nel corso degli anni rivisitato più volte gli avvenimenti che hanno preceduto la codificazione del 1942, fornendo versioni diverse, è particolarmente eloquente la prospettazione che egli stesso ebbe ad offrire alla fine del 1940, preannunciando la “svolta storica” rappresentata dalla scomparsa dell'autonomo codice di commercio. In primo luogo, se si pone mente alle considerazioni che lo stesso Asquini aveva avanzato pochi mesi prima, giusto al fine di sostenere con forza l'autonomia del codice di commercio nonché la distanza del mondo agricolo da quello industriale e commerciale, è facile cogliere la singolare repentinità con cui lo stesso artefice dell'ultimo progetto di codice di commercio rinunciò a quell'impostazione, preannunciò l'unificazione dei codici, restando senza soluzione di continuità alla presidenza del comitato incaricato della gestazione del nuovo libro V “dell'impresa e del lavoro”. In altri termini, emergono con chiarezza tanto l'origine politica del mutamento di impostazione intervenuto tra l'estate e l'autunno del 1940, quanto il tentativo dello stesso Asquini di cavalcare un processo, di cui non era culturalmente convinto, al fine di “attenuare”, sul piano delle soluzioni tecniche concrete, l'effettiva portata di quella medesima svolta storica di cui si preannunciava l'avvento. Nel restringere, innanzitutto, la portata del nuovo ordine corporativo alla sola “economia organizzata”, sì da inquadrare nella stessa anche il settore agricolo oltre a quello industriale e commerciale, Asquini non intendeva rinunciare al suo convincimento più profondo. Sicché, pur rimarcando che “non sono scomparse e non possono scomparire le differenze strutturali esistenti tra economia industriale e commerciale da un lato ed economia agraria dall'altro”, egli preannunciava che il “patriarcale buon padre di famiglia” protagonista dei rapporti economici del codice civile, ossia di quelli propri dell'economia agricola, avrebbe assunto la veste di “imprenditore” nel settore primario dell'economia. Ciò proprio in ragione del fatto, di cui il prof. Asquini prendeva atto, che “l'affermazione

autonomo codice di commercio, tenne a precisare che non può esservi attività produttiva *spontanea* senza la prospettiva del lucro, ribadendo, a fronte di posizioni massimalistiche certamente presenti nel dibattito politico, che “i principi corporativi agiscono e vogliono agire come *freno* ai profitti smodati, *ma non si propongono di abolire il profitto*” (Id., *op. cit.*, 183).

totalitaria di un nuovo sistema di economia organizzata, retto da principi corporativi uniformi... ha fatto venir meno quel complesso di ragioni sociali che nel corso di otto secoli avevano giustificato il distacco organico della legge commerciale dalla legge civile”.

In secondo luogo, in quel medesimo saggio, presentando sotto forma di alternative da valutare le possibili scelte da adottare sul piano della codificazione, Asquini non mancò di segnalare l’opzione, in concreto allora effettivamente esplorata e poi abbandonata, orientata appunto a collocare accanto al codice civile un nuovo codice ruotante sul diritto dell’economia.

In effetti, era proprio questa ultima la prospettiva che, in gran segreto, era stata imboccata d’intesa con Grandi dal luglio del 1940, una volta emersa l’insostenibilità, sul piano politico, dell’originario progetto preliminare di riforma del codice di commercio. Prospettiva che, quale unico immediato punto fermo, aveva quello di abbandonare, alla luce dei principi dell’ordinamento corporativo, la ripartizione in codici distinti della materia agricola e della materia commerciale (alla quale viceversa era rimasto fedele il progetto del codice di commercio licenziato nel giugno del 1940), senza però rinunciare all’idea di un elaborare un codice nuovo da affiancare a quello civile.

Del resto, il mutamento di rotta relativo al codice di commercio si inseriva in un complessivo clima, che veniva a consolidarsi a partire proprio dall’estate del 1940, incline a sottoporre tutto il processo codificatorio a “iniezioni di corporativismo”⁽⁴³⁾. In altre parole, alla fine dell’ottobre del 1940, allorché il Ministro Grandi, rompendo il riserbo, preannunciava l’elaborazione del codice della produzione e del lavoro e forniva una prima indicazione di massima, Asquini era già al lavoro per sostituire il progetto preliminare del codice di commercio con un altro che segnasse

(43) L’espressione, stigmatizzata da Betti in una memoria presentata al Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere nell’adunanza del 29 maggio 1941, come ricorda anche FERRI, *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, in *Foro it.* 1944-46, V, 34 ss., in part. 39, era ricorrente nel gergo praticato negli ambienti burocratici e ministeriali. La si rinviene, tra l’altro, e proprio nel periodo analizzato nel testo, in una missiva indirizzata da Mandrioli al prof. Greco del 31 agosto 1940, in ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 28 a proposito della revisione della parte generale delle obbligazioni.

appunto il passaggio da una prospettiva costruttiva appiattita solo sull'impresa commerciale, ad una nuova in grado di abbracciare altre manifestazioni della vita economica del paese. Del resto, per un tenace assertore dell'autonomia del diritto commerciale, un codice della produzione e del lavoro, diverso e distinto dal codice civile, ben poteva rappresentare una soluzione ancora in grado di assecondare il perseguimento di quell'obiettivo culturale e politico.

In realtà, al di là di quella opzione di fondo, alla quale pur tra tenaci resistenze aveva finito con l'arrendersi lo stesso Asquini, nell'autunno del 1940 l'architettura del nuovo Codice della produzione del lavoro restava ancora avvolta nelle incertezze. Se si rilegge con attenzione la dichiarazione del ministro Grandi sopra riprodotta, è facile cogliere la difficoltà con cui si procedeva alla ricerca di una soluzione soddisfacente.

Già, allora, come si può ricavare dalle parole del ministro, era stata scartata l'idea di far rifluire addirittura la stessa disciplina della proprietà, il cui libro era in stato di avanzata preparazione, nel nuovo codice della produzione e del lavoro. In effetti, nel quadro di un'ipotesi di codificazione del diritto privato ancora fedele alla conservazione di due codici, era stata ventilata e, però, già esclusa, "la soluzione di raggruppare diversamente la complessa materia e di costituire un *Codice della famiglia*, contenente i libri sulla famiglia e la successione, e un *Codice della produzione*, contenente i libri della proprietà, delle obbligazioni, del lavoro e della tutela dei diritti" (44).

D'altro canto, e le parole del ministro ne costituiscono una prova, la disciplina dei contratti di lavoro, ivi compresa quella dei

(44) Questa soluzione è richiamata da ROBERTI, *op. cit.*, 15. Essa, a ben vedere riecheggia anche nel saggio di ASQUINI, *Una svolta storica del diritto commerciale*, cit., 514, il quale, nell'illustrare alcune soluzioni alternative a quella della unificazione e che erano state prese in considerazione senza successo, fa riferimento ad una ventilata ipotesi secondo cui, rinunciando alla integrità tradizionale del codice civile, nel nuovo codice civile sarebbero rimasti soltanto il diritto di famiglia ed il diritto patrimoniale relativo ai rapporti strettamente individuali, mentre altre materie, staccate dal primo, sarebbero rifluite in un nuovo codice ruotante sul diritto dell'economia organizzata e dell'esercizio dell'impresa, così agricola come commerciale e industriale. Un accenno, peraltro, si legge anche in VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione* cit., 91 nt. 12 "Anche codesto proposito del *codice della produzione* venne fuori e fu discusso nella fase di gestazione del Libro quinto, posto che neppure i nototeti ignoravano gli spunti tedeschi del *Wirtschaftsrecht*".

contratti agrari associativi, risultava allora destinata a far parte del libro delle obbligazioni del codice civile.

In realtà, se alla fine dell'ottobre 1940 appariva prevalere, nelle parole del Ministro, la tesi favorevole a non alterare l'articolazione del codice civile e, dunque, a far rifluire nel *Codice della produzione e del lavoro* la disciplina dell'impresa, con specifico riferimento sia a quella agricola sia a quella industriale e commerciale, tuttavia risultava ancora da definire in concreto tanto il complessivo contenuto di questo nuovo codice e della sua articolazione interna, quanto il puntuale suo coordinamento con il codice civile ⁽⁴⁵⁾. Non è un caso

(45) Una preziosa testimonianza relativa al fatto che in concreto era stata percorsa la strada volta a costruire un codice originale da affiancare a quello civile e che però tale idea dovette successivamente naufragare per difficoltà costruttive è offerta da FERRI, *L'unificazione legislativa del codice civile e del codice di commercio*, in *Diritto e pratica commerciale* 1941, 3 ss., in part. 5. A ben vedere, le osservazioni di quel finissimo commercialista, se confrontate con le esternazioni del Ministro di fine di luglio del 1940 e richiamate sopra nel testo, evidenziano che la questione relativa proprio all' "impresa agricola" fu tra quelle che determinarono il fallimento di tale opzione, aprendo così la strada all'unificazione del codice civile. Infatti, a dire di Ferri, "realizzare un codice delle imprese..... avrebbe significato regolare accanto alla impresa commerciale la impresa agricola sia pure sottoponendola ad una disciplina differenziata; disciplinare inoltre gli atti tipici di commercio giuridico delle imprese, e, per quelli comuni, regolare unicamente gli aspetti particolari ai rapporti di impresa". Questa opzione venne abbandonata in quanto da un lato apparve "insormontabile la difficoltà di staccare la disciplina dell'impresa agricola dalla disciplina del fondo", contenuta nel libro del codice civile della proprietà; dall'altro "la sostanziale diversità che esiste fra imprese agricole e imprese commerciali, industriali, bancarie e assicurative, finiva per minare nuovamente alle basi la organicità del sistema, dato che, in definitiva si venivano a riunire in unico corpo di norme la disciplina delle imprese agricole e quella delle imprese commerciali, che non avevano alcun carattere di omogeneità". Secondo Ferri, il quale riprendeva così osservazioni già avanzate sul progetto preliminare del codice di commercio richiamate in precedenza, siffatte preoccupazioni erano per certi versi esagerate: "indubbiamente ogni coltivazione di fondi richiede una certa organizzazione, ma ciò non esclude la possibilità di un'impresa agricola con caratteri analoghi a quelle delle imprese commerciali, *purché la nozione di impresa, nel campo dell'agricoltura, si limiti alle grandi organizzazioni produttive, nelle quali è effettivamente possibile distinguere fra attività di organizzazione e attività di coltivazione, e concepire un'azienda analoga a quelle commerciale, accanto e sopra alle singole aziende agrarie. Ma quest'ulteriore passo non si è creduto di poter fare (il corsivo è nostro)*".

D'altro canto, che la prospettiva di dar vita ad un codice autonomo da affiancare al codice civile, il quale ponesse l'accento sul profilo della produzione e dello scambio in sostituzione del solo dato dell'intermediazione propria del commercio, rappresentasse

che il ministro usasse consapevolmente il termine “parti”, posto che, molto probabilmente, era tutto ancora da stabilire, al di là di questo primo dato certo, l’assetto definitivo del nuovo codice. In quel momento, del resto, il riassetto coinvolgeva anche la disciplina degli enti e delle società. Infatti, l’oscuro riferimento nelle parole del ministro circa la necessità di ampliare la delega al governo e di rivedere il libro primo del codice civile relativo ai soggetti rispecchiava un’impostazione, che sembrava allora già acquisita, favorevole ad inserire “la disciplina professionale del commercio e delle società commerciali” nel libro primo del codice civile ⁽⁴⁶⁾.

In effetti, al di là di questa sola preannunciata determinazione che avrebbe potuto condurre a rimettere le mani sul primo libro del codice civile già pubblicato, non vi è dubbio che nella relazione svolta da Grandi in occasione della riunione del Consiglio dei Ministri del 30 novembre 1940, se da un lato il piano della codificazione civile sembrava ormai del tutto delineato, nessun accenno venne fatto a proposito del codice di commercio ovvero dell’altro

un’opzione concretamente emersa e persistente, è testimoniata dal puntuale quanto isolato rilancio che della stessa avanzò MESSINEO, *“Libro dell’impresa” e materia di commercio* cit., 181 ss., allorché già era stata decisa l’unificazione dei codici. Infatti, ponendosi coraggiosamente fuori dal coro, Messineo, interpellato dal Ministro Grandi intorno al progetto preliminare del libro V, pur nella consapevolezza di avanzare considerazioni “inattuali”, non si limitò a denunciare il carattere compromissorio del libro V, ma auspicò la presenza di un codice che contenesse *il diritto della produzione e degli scambi*.

⁽⁴⁶⁾ Su questa soluzione, che in definitiva attribuisce senso all’affermazione del Ministro Grandi, è illuminante quanto scrive ASQUINI, *Lezioni di diritto commerciale* cit., 13 secondo il quale “Alla disciplina professionale del commercio e delle società commerciali si preferì far posto, anziché nel libro primo del codice civile (delle persone) — come il sistema formale avrebbe potuto consigliare — in un libro nuovo, che fu il libro V dedicato, alla disciplina della impresa e del lavoro, come originariamente il libro V si intitolava, prima di intitolarsi con maggior colore politico ‘del lavoro’”. Un cenno a questa ipotesi era già presente in un altro saggio di ASQUINI, *L’architettura del libro del lavoro*, in *Arch. Studi corporativi* 1942, 2, in cui, pur difendendo la struttura singolare del libro V dalle riserve emerse in dottrina, si rileva, riconoscendo trattarsi di soluzione consapevolmente superata nel corso dei lavori, che “secondo un criterio puramente formale la materia regolata nel libro del lavoro avrebbe potuto trovare collocazione negli altri libri del codice: lo statuto professionale dell’imprenditore e le società nel libro delle persone; l’azienda nel libro della proprietà; i rapporti di lavoro e di associazione nel libro delle obbligazioni”.

codice che avrebbe preso il posto di questo. In particolare, nel presentare il Disegno di legge riguardante l'attribuzione di forza di legge alla carta del lavoro, nonché i testi del libro III del codice civile relativo alla proprietà e quello sulla tutela dei diritti, il Ministro sembrò delineare con certezza l'architettura complessiva del nuovo codice civile: "In attesa che venga effettuato il necessario coordinamento coi Libri del codice civile già pubblicati, la carta del lavoro sarà collocata in capo al libro della Proprietà, a cui faranno seguito prossimamente il libro delle Obbligazioni e il libro sulla tutela dei diritti" (47).

Sotto questo profilo, è certamente da escludersi che a fine novembre del 1940, come si è già ricordato in precedenza, fosse già stata decisa la riunificazione dei codici. Al tempo stesso, il mancato solenne annuncio circa il nuovo Codice della produzione e del lavoro, preconizzato da Grandi un mese prima, rende testimonianza circa la consistenza e la persistenza, a quella data, delle difficoltà ancora da superare in ordine alla definitiva configurazione da dare al codice destinato ad affiancare quello civile.

È in quel clima fatto di incertezza e però, al tempo stesso, di fretta, per via sia delle decisioni ormai assunte nel Consiglio dei ministri di fine novembre, sia della necessità di completare, almeno formalmente, l'opera della codificazione nei termini finali previsti, che, nei primi giorni di dicembre, sotto la presidenza del Ministro Grandi venne convocata una riunione congiunta delle commissioni responsabili della redazione del codice civile e del codice di commercio: riunione finalizzata proprio a risolvere i problemi legati al coordinamento e alla distribuzione definitiva della materia tra i due codici, i quali inevitabilmente coinvolgevano in primo luogo la sistemazione dei contratti, posto che nel progetto relativo al libro delle obbligazioni erano stati ricompresi molti contratti fondamentalmente commerciali.

Secondo Filippo Vassalli, che per primo fornì alcune notizie sul contenuto di quella riunione (48), fu lui a proporre che si procedesse

(47) Il testo della deliberazione del Consiglio dei Ministri si legge tra l'altro in *Riv. dir. agr.*, 1940, I, 433 ss.

(48) Si v. infatti, VASSALLI, *Motivi e caratteri* cit., 88 nt. 11 il cui saggio è del 1947. A ben vedere, la tesi sostenuta nel testo non è in contraddizione con quanto dichiarato

all'unificazione del diritto delle obbligazioni, sostenendo altresì che “un separato codice di commercio non fosse oltre compatibile con l'indirizzo impresso alla legislazione in materia di scambi e di organizzazione economica” (49). Più dettagliata, al riguardo, la testimonianza resa da Asquini a molti anni di distanza da quegli avvenimenti. A suo dire, in connessione con la soluzione favorevole a trasferire al libro delle obbligazioni del codice civile l'intero libro III del progetto del codice di commercio (contratti commerciali) e del libro IV (sui titoli di credito), si andò profilando il pericolo di un rinvio a leggi speciali della disciplina dell'impresa e delle società commerciali. Secondo Asquini, a fronte del “pericolo di disintegrazione della codificazione commerciale”, esplicitamente emerso proprio nella riunione del 4 dicembre del 1940, più precisamente — secondo le sue parole — nella “conferenza dei presidenti dei diversi comitati legislativi e di altri giuristi”, furono proprio Vassalli, Nicolò e lo stesso Asquini ad insorgere “per diverse ragioni” (50).

Al termine di una “disputa, lunga e grave” (51), e nel segno proprio del compromesso tra le diverse opzioni emerse nel corso di quella “lunga discussione” (52), si profilò, nelle grandi linee, la soluzione del problema. Una parte della disciplina contenuta nel progetto del codice di commercio sarebbe rimasta esclusa dalla codificazione e affidata a leggi speciali: in particolare, la disciplina fallimentare e quella della cambiale e dell'assegno. I contratti commerciali sarebbero rifluiti accanto alla disciplina generale dei titoli di credito nel libro IV del codice civile in materia di contratti ed obbligazioni. Il titolo “*Del lavoro*”, anch'esso originariamente destinato al libro IV del codice civile e volto a disciplinare il contratto di lavoro, subordinato ed autonomo, il contratto d'opera ed i contratti

da GRANDI, *Prefazione* cit., XVII. Infatti, l'allora ministro di Grazia e giustizia si limitò, scrivendo nel 1942, ad affermare che il Comitato ministeriale addivenne finalmente il 4 dicembre 1940 alla formulazione del progetto del libro “Dell'impresa e del lavoro”, ovvero “Dei soggetti nell'ordine corporativo” ovvero “Del lavoro” denominazione quest'ultima che venne poi prescelta durante la redazione del testo legislativo definitivo”.

(49) VASSALLI, *op. loc. cit.*

(50) Le citazioni nel testo sono di ASQUINI, *Dal codice di commercio del 1865 al libro del lavoro del codice civile del 1942*, cit., 7.

(51) Così, VASSALLI, *op. loc. cit.*

(52) In questi termini, ASQUINI, *op. loc. cit.*

agrari associativi, sarebbe viceversa rifluito in un nuovo libro da inserire nel codice civile ⁽⁵³⁾. Nuovo libro che, nel suo primo schema, venne intitolato appunto “Dell’impresa e del lavoro”, in quanto destinato a comprendere sia la disciplina dell’economia organizzata in forma di impresa, ossia dei soggetti dell’ordine corporativo (tanto persone fisiche quanto società), su cui aveva già riflettuto e proceduto Asquini nell’elaborazione del nucleo di base di quello che avrebbe dovuto essere il codice della produzione e del lavoro, sia la normativa dettata per tutti i rapporti di lavoro originariamente destinata ad un autonomo titolo nel libro delle obbligazioni.

In effetti, a distanza di un mese da quella riunione, nella relazione svolta da Grandi al Consiglio dei ministri del 4 gennaio 1941 e dallo stesso approvata ⁽⁵⁴⁾, non solo si affrontava esplicitamente il tema dell’unificazione dei codici ⁽⁵⁵⁾, ma si prospettava il

⁽⁵³⁾ Al riguardo, il legame tra l’elaborazione di un titolo autonomo da inserire nel libro delle obbligazioni “Del lavoro” e quella relativa al nuovo libro V del codice intitolato appunto “Dell’impresa e del lavoro” venne consapevolmente percepito al punto che, assai significativamente, la Confederazione fascista dei lavoratori dell’agricoltura, nel predisporre, nei primi mesi del 1941 alcune *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Del lavoro*, Roma, 1941, 7, da un lato non esitò a qualificare le due iniziative in termini rispettivamente di primo e di secondo progetto di un unico disegno, dall’altro tenne a rimarcare la consapevole preferenza, in luogo del titolo adottato in sede di decreto di approvazione del nuovo libro V, per quello originario “Del lavoro” che, in definitiva, venne poi accolto in sede di pubblicazione effettiva del nuovo libro. A ben vedere, la ragione per la preferenza del primo titolo rispondeva ad una precisa scelta di politica del diritto. Infatti, il diverso titolo “dell’Impresa e del Lavoro” appariva agli occhi di quella potente confederazione, “il residuo di una concezione commercialistica che tenderebbe ancora a mantenere l’autonomia del “diritto commerciale” col vecchio significato speculativo di un “diritto del mercato”, anziché di un diritto della produzione. Siffatto binomio esprime una dissonanza concettuale, poiché l’elemento morale dell’impresa non può essere altro che il lavoro, nella sua manifestazione di attività organizzativa. E contraddice al postulato della nuova coscienza nazionale di elevare il lavoro “a soggetto della economia nell’ordine del diritto”.

⁽⁵⁴⁾ Il testo integrale della relazione Grandi del 4 gennaio 1941 si legge, tra l’altro, in *Monitore dei Tribunali* 1941, 120 ss. (nel numero del 22 febbraio 1941) nella rubrica *Varietà* con il titolo “Il programma dei lavori della codificazione”.

⁽⁵⁵⁾ È interessante rimarcare che, a proposito dell’unificazione dei codici, la relazione svolta da Grandi in 4 gennaio riprende ovvero anticipa interi brani che si rinvencono nella relazione al disegno di legge sul “valore giuridico della carta del lavoro” che verrà pubblicata il 5 febbraio 1941 nella G.U. n. 31.

piano per il compimento della Codificazione legato all'introduzione del nuovo libro. In particolare, come si legge nel testo della relazione,

Nel nuovo libro dell'“Impresa e del lavoro” saranno disciplinati: *a)* ‘gli stati professionali’ e soggetti nell'ordine corporativo; *b)* ‘l'impresa’ con le norme e gli istituti speciali all'impresa agricola e alle imprese industriali, commerciale, bancaria e assicurativa. Accanto all'imprenditore saranno previste anche le figure speciali del coltivatore diretto, dell'artigiano, del piccolo commerciante; *c)* ‘il lavoro’, con le norme fondamentali relative al contratto di lavoro e al contratto individuale di lavoro; *d)* l'organizzazione sociale dell'impresa’, con la disciplina dei vari tipi di società, che cesseranno di rappresentare tipi speciali delle società commerciali per divenire tipi generali di società; *e)* ‘l'impresa cooperativa’; *f)* ‘i consorzi’ per il coordinamento della produzione sul piano corporativo”.

A questa sintetica illustrazione circa l'intelaiatura del nuovo libro da inserire nel codice civile, la relazione del Ministro proseguiva chiarendo che

I contratti che formavano oggetto del progetto di codice di Commercio verranno assorbiti nel Libro delle Obligazioni del Codice Civile. In quest'ultimo troveranno così disciplina, non solo i contratti civilistici tradizionali, propri della economia semplice a base individuale, ma anche i tipi contrattuali più complessi della moderna economia organizzata, come il contratto di somministrazione, il contratto di appalto, i contratti bancari, i contratti di assicurazione, i contratti di trasporto, ecc. nonché i titoli di credito. I principi della disciplina e della solidarietà corporativa sostituiranno anche in questo libro i superati principi dell'economia liberale, dando al nuovo Codice civile, anche sotto questo riguardo, un carattere organico, unitario e un'inconfondibile impronta fascista”.

Nei primi del gennaio del 1941, in definitiva, non si provvide soltanto a formalizzare in sede politica l'approvazione dell'idea maturata nella riunione del dicembre e ad offrire una precisa proposta operativa circa la costruzione del nuovo libro dell'“Impresa e del lavoro”. Infatti, appena qualche giorno più tardi, si aprì, sia pure “senza una procedura formalizzata, ma non senza interpellanza dei giuristi più qualificati” ⁽⁵⁶⁾ ed il coinvolgimento delle organizzazioni di interessi, un intenso e concentrato lavoro di integrazioni e

⁽⁵⁶⁾ Per questo rilievo, perfettamente rispondente a ciò che accadde, v. ASQUINI, *Lezioni di diritto commerciale* cit., 13.

riscritture che avrebbe portato nel giro di pochi mesi alla stesura definitiva del libro V ed alla sua pubblicazione.

A ben vedere nel momento stesso in cui il Consiglio dei Ministri del 4 gennaio 1941 approvò formalmente l'unificazione dei codici, il progetto preliminare del libro dell'impresa e del lavoro era già pronto, tant'è che il relativo testo venne diffuso, al fine di raccogliere pareri e riflessioni, nei giorni immediatamente successivi. Un'inoppugnabile conferma di questa dato di fatto può ricavarsi sulla base di alcuni documenti di fonte archivistica. A prescindere dall'importante carteggio che, nei primi mesi del 1941, intervenne tra il capo di gabinetto del Ministro Grandi, il magistrato Dino Mandrioli, ed uno stretto numero di giuristi chiamati a collaborare alla stesura finale del libro V del codice civile — carteggio su cui si tornerà nel corso della indagine — nei primi giorni del gennaio 1941, ossia in coincidenza o comunque subito dopo la riunione del Consiglio dei ministri del 4 gennaio 1941, il progetto preliminare del libro V elaborato da Asquini era già in bozze ⁽⁵⁷⁾.

4. *“Materia agricola e materia commerciale” nel progetto preliminare del libro V “Dell’impresa e del lavoro”.*

Pur se diviso in otto titoli, il progetto preliminare del libro V si articolava fondamentalmente su tre parti. La prima (dal titolo I al titolo III) comprendeva: disposizioni di ordine generale relativa alla disciplina dell'attività economica, in cui rifluivano disposizioni già contenute nel r.d. 1130 del 1926 ⁽⁵⁸⁾; norme, essenzialmente di rinvio, per l'esercizio delle professioni intellettuali; infine, un più ampio pacchetto di disposizioni destinate in generale all'impresa, a quella agricola, a quella commerciale seguite da altre relative all'azienda, ai segni distintivi e alla concorrenza sleale. La seconda parte (titolo IV-titolo V) riguardava il lavoro: in particolare quello

⁽⁵⁷⁾ Infatti, in una lettera del 12 gennaio 1941 inviata al Mandrioli, il prof. Passerin d'Entreves ringraziava il suo interlocutore per l'invio della “copia del progetto del nuovo libro dell'impresa e del lavoro insieme alle deliberazioni del Consiglio dei ministri ad esso relative”, in ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto Riforma dei codici* busta 30.

⁽⁵⁸⁾ Per questo rilievo, v. CESARINI SFORZA, *Dal diritto commerciale al diritto professionale*, in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano 1942, 263.

appunto che si svolge nell'impresa nonché quello che rientra nei rapporti di associazione agraria (mezzadria, colonia e soccida). La terza parte, infine, (titolo VI-VIII) abbracciava la disciplina delle società, delle cooperative e dei consorzi.

Rispetto all'impianto di apertura del progetto preliminare del codice di commercio, il progetto del libro V era sicuramente innovativo. Innanzitutto, il testo assecondava l'esigenza "architettonica" di inquadrare la disciplina dettata per le imprese in una visione più ampia in grado di prendere in considerazione tutte le attività lavorative in senso atecnico secondo principi fondamentali o disposizioni puntuali già presenti nella Carta del lavoro. Sotto questo profilo, il progetto risultava al tempo stesso da un lato assecondare istanze settoriali emerse dai pronunciamenti e dalle osservazioni provenienti da associazioni di categoria in merito principalmente al progetto del codice di commercio, dall'altro tesaurizzare suggerimenti concreti, anche di fonte accademica, volti appunto a delineare un percorso operativo sul piano tecnico che traducesse in un ordito legislativo le aspirazioni, da più parti emerse, favorevoli all'elaborazione di un diritto dell'economia corporativa: diritto che, in quanto tale, inevitabilmente avrebbe dovuto esigere una sostanziale compresenza se non fusione tra profili disciplinari privatistici e pubblicistici (59).

(59) A tale riguardo, una particolare menzione merita il contributo offerto da SOPRANO, *Rilievi sul Progetto Ministeriale del Codice di Commercio del 1940*, in *Diritto e giurisprudenza* 1941, 131 ss., che il commercialista napoletano aveva rimesso al ministro nel dicembre del 1940. L'autore, che già in precedenza si era espresso a favore di un codice dell'economia corporativa quale successore naturale del codice di commercio (si v. supra nt. 3), in occasione di quei rilievi ebbe a prospettare una precisa articolazione da dare alla disciplina generale dell'attività economica, destinata ad incidere, come si vedrà in prosieguo, nelle successive stesure nonché in quella finale del libro V del codice. In particolare, sulla base di due fondamentali capisaldi desunti dalla carta del lavoro relativi da un lato *all'unitarietà della produzione*, dall'altro alla *responsabilità degli imprenditori*, Soprano (*op. cit.* 132), in avvio della sue riflessioni, delineò innanzitutto la necessità che venissero sacrificati "due concetti tradizionalistici": in primo luogo la nozione strettamente *privatistica* degli istituti economici; in secondo luogo la esclusione, "come di un'attività economica arretrata, della produzione *terriera* da un corpo di leggi omogeneo" (il corsivo è nell'originale). A conclusione della sua analisi (*op. cit.* 140) egli prospettò un puntuale schema di lavoro su cui costruire la disciplina comune a tutto il campo delle attività economiche su diversi punti tra cui qui si segnalano: a) ambito della

Tuttavia, ad una lettura distaccata, il disegno complessivo non appare presentare un'effettiva organicità e sistematicità: i profili essenzialmente pubblicistici paiono soltanto coesistere con quelli privatistici senza un concreto amalgama o efficacia "costruttiva", come pure si auspicava dai più coerenti esponenti del corporativismo. Non è un caso, che, analizzando proprio il progetto apparso ai primi di gennaio del 1941, vi fu chi autorevolmente e, al tempo stesso, coraggiosamente ebbe a manifestare tutte le sue perplessità sull'unificazione, puntando l'accento sia sul carattere "compromissorio" del nuovo libro V, sia sul fatto che le soluzioni proposte ben avrebbero potuto trovare adeguata accoglienza in un codice diverso e distinto da quello civile destinato a raccogliere tutto *il diritto della produzione e degli scambi* ⁽⁶⁰⁾.

materia economica: *b)* nozione di *impresa economica* e quella dell'*azienda*; *c)* l'assunzione a *fonti giuridiche delle norme corporative e degli accordi economici collettivi e dei contratti di lavoro*; *d)* costituzione di *Enti pubblici statali e parastatali* per singole attività economiche; *f)* *intervento dello Stato* sulla gestione delle imprese private; *g)* la graduazione nella disciplina giuridica tra le dette attività organizzate ad impresa e quelle meramente *personali o familiari*: I piccolo agricoltori (coltivatori diretti e piccolo affittuari), artigiani, piccoli commercianti, ambulatato; *t)* la disciplina dei contratti di *compartecipazione* (mezzadria, soccida, società momentanee, associazioni in partecipazione); *l)* il registro degli imprenditori (distinta in matricola degli agricoltori, degli industriali, dei commercianti, ecc.); *m)* la regolamentazione dei marchi; *o)* la rappresentanza institoria; *p)* i *contratti adesivi*, i *contratti-tipo*.

⁽⁶⁰⁾ Il riferimento è alle osservazioni di MESSINEO, "*Libro dell'impresa*" e *materia di commercio* cit. Sebbene apparso nell'ultimo numero del 1940 della rivista *Banca e borsa e titolo di credito*, il contributo di Messineo, che aveva già autorevolmente partecipato ai lavori preparatori del precedente progetto preliminare del codice di commercio, è successivo ai primi di gennaio del 1941 e costituisce appunto la relazione predisposta dallo stesso, su sollecitazione del Ministro Grandi, in ordine al progetto preliminare del nuovo libro V. Questa puntualizzazione è importante non solo per comprendere correttamente il senso delle osservazioni critiche avanzate da Messineo in ordine alla portata delle ragioni addotte a base della unificazione nonché al carattere compromissorio di un libro che nel suo titolo si ispirava ambigualmente all'Impresa ed al lavoro, ma anche per cogliere i limiti dei rilievi postumi che, a distanza di molti anni e certamente sulla scorta del testo definitivo del libro V, un diretto protagonista di quelle scelte, VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* cit., 76 ss., ritenne di avanzare nei confronti di un collega che, tempestivamente, non aveva esitato, comportandosi in maniera "impolitica", non solo ad esprimere le sue riserve sull'opzione adottata a livello legislativo, ma addirittura a rendere di dominio pubblico opinioni critiche che ben avrebbero potuto restare riservate. Sotto questo profilo, appare certamente una caduta

Ai fini della presente riflessione, è sufficiente osservare che le disposizioni generali in ordine all'impresa, di cui al capo I del titolo III, comprendevano regole tra loro eterogenee relative alla disciplina della concorrenza, agli accordi economici collettivi, al principio gerarchico nell'organizzazione dell'impresa, alla responsabilità dell'imprenditore; tuttavia esse non comprendevano una definizione generale di impresa. Sotto questo profilo, la previsione, a seguire, rispettivamente di un capo destinato all'*impresa agricola* (si tratta del capo II: artt. 23-26) e di un altro all'*impresa commerciale* sembrava confermare che, in definitiva, anche in quel progetto il campo dell'impresa continuasse a ruotare sempre sulla distinzione sostanziale tra materia agricola e materia commerciale ⁽⁶¹⁾.

Indubbiamente, rispetto alla disciplina previgente ed allo stesso progetto del 1940 relativo al codice di commercio, l'introduzione stessa di una puntuale definizione di impresa agricola suonava come una novità. Nel progetto del codice di commercio, infatti, si faceva solo riferimento all'agricoltura "anche se esercitata in forma di impresa". Viceversa, nell'art. 23 del progetto del libro V si legge che è "impresa agricola quella che ha per oggetto l'esercizio di un'attività agricola, forestale, armentizia sul fondo proprio o altrui". A sua

di stile, sintomo di un qualche intimo imbarazzo, che, pur riconoscendo *solo nel 1947* essere il libro V "un libro imperfetto", Vassalli si sia meravigliato del fatto che quella pubblica presa di posizione da parte di Messineo fosse apparsa agli occhi di un altro grande maestro del diritto commerciale, VALERI, *Il codice di commercio. I Come fu soppresso - II Come dovrà risorgere*, cit., come una "coraggiosa protesta".

⁽⁶¹⁾ In altri termini, l'accostamento tra impresa commerciale ed impresa agricola che voleva essere "l'effettiva e sostanziale novità del progetto" (così MESSINEO, *op. cit.* 190) da una parte si rivelava per certi versi soltanto formale, come aveva prefigurato Mossa e poi ribadito, proprio sulla scorta del progetto, lo stesso FERRI, *L'unificazione legislativa del codice civile e del codice di commercio*, cit.; dall'altra non risultava adeguata a giustificare il sacrificio del codice di commercio. Secondo MESSINEO, *op. loc. cit.*, pur non dovendosi disconoscere che "l'impronta professionale ha cessato di essere carattere esclusivo dell'attività commerciale", si sarebbe potuto, in alternativa alla unificazione, mantenere un codice autonomo della produzione degli scambi, "dove anche l'attività agricola avrebbe potuto trovar posto e assoggettarsi integralmente alla disciplina della materia di commercio, non esclusa l'applicabilità dell'istituto del fallimento; ovvero si sarebbe potuto esentare dal fallimento l'impresa agricola, pur parificandola, per ogni altro riguardo, all'impresa commerciale, ovvero ancora predisporre per l'impresa agricola una speciale procedura concorsuale, quale era prevista — ad un certo momento — nel progetto SOLMI di codice di procedura civile".

volta l'art. 25, dal titolo (*Impresa commerciale connessa all'agricoltura*), chiariva, riproponendo con soluzione diversa quanto già affrontato nell'art. 6 del progetto del codice di commercio, che "l'imprenditore agricolo che organizza un'impresa autonoma per la trasformazione o l'alienazione dei prodotti del fondo è considerato commerciante".

Nel momento in cui l'impresa agricola faceva il suo ingresso in un corpo normativo che la poneva a fianco dell'impresa commerciale, anche il profilo "dimensionale" dell'attività produttiva, sino ad allora trascurato, assumeva per la prima volta rilievo, per quanto singolare. Infatti, l'art. 26 intitolato al *coltivatore diretto* si limitava a chiarire che "Non è considerato imprenditore agricolo colui che coltiva il fondo prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della sua famiglia", fermo restando il rispetto della disciplina dei rapporti di lavoro nel caso di impiego di estranei.

Del resto, è pur sempre sul profilo dimensionale che nel successivo capo III si individuavano l'ambito operativo della nozione di impresa commerciale e la conseguente acquisizione della qualifica di commerciante. Infatti, mentre l'art. 27 disponeva che "è impresa commerciale quella che ha per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale, industriale, bancaria, assicurativa o ausiliaria di queste", l'art. 29 precisava che "l'artigiano non ha la qualità di commerciante"; a sua volta l'art. 28 specificava che "il piccolo commerciante ai sensi dell'ordinamento corporativo nonché il mediatore sono soggetti alle norme [pubblicistiche] relative all'esercizio delle rispettive attività, ma restano esenti dagli obblighi relativi all'iscrizione nel registro ed alla tenuta dei libri contabili".

A ben vedere, al di là del solo rifluire nella parte introduttiva del nuovo libro V, destinata alla disciplina dell'economia organizzata, di disposizioni già contenute nella legislazione corporativa in materia di accordi collettivi e di contratti di lavoro ovvero avente essenzialmente portata pubblicistica circa lo svolgimento delle attività economiche, anche il progetto preliminare del libro V predisposto da Asquini mirava ancora una volta a traghettare nel nuovo impianto gli assetti disciplinari ruotanti intorno alla distinzione tra *materia agricola* e *materia commerciale* quale erano stati configurati nel progetto preliminare del codice di commercio del 1940, ivi comprese tanto la già rimarcata molteplicità di significati che veniva ad assumere il

termine “impresa”, quanto la protezione accordata all’attività agricola comunque sottratta alla disciplina dettata per le imprese commerciali.

Infatti, l’esclusione dei piccoli commercianti, degli artigiani, dei mediatori, dei coltivatori diretti dall’ambito operativo della impresa, non solo privava di significato effettivo il loro richiamo nel nuovo libro, ma risultava avvalorare l’assunzione della nozione “forte” di quest’ultima, quale propugnata da Ferri e da Mossa, con ciò lasciando di fatto non scalfito il nocciolo duro della tradizionale “materia commerciale”, sia pure ricomposta intorno alla nozione di impresa. Al tempo stesso, però, l’introduzione della nozione di impresa agricola, cui si destinava uno statuto disciplinare essenzialmente vuoto, in quanto contraddistinto solo in negativo rispetto allo statuto previsto per l’impresa commerciale, faceva riemergere, dietro le pieghe di una soluzione che assecondava le istanze protezionistiche provenienti dal settore primario dell’economia, l’ambivalenza della nozione di impresa lucidamente segnalata da Mossa nell’imminenza della pubblicazione del progetto.

In altre parole, una volta sgombrato il campo dalle autentiche cortine fumogene innalzate per accontentare i più intransigenti fautori dell’ordinamento corporativo, al fondo del progetto poteva intravedersi, pur senza qualche cedimento costruttivo, essenzialmente un indubbio ammodernamento della “materia commerciale” che si arricchiva anche della definizione relativa all’azienda, volutamente esclusa dallo stesso Asquini in occasione dell’elaborazione del precedente progetto preliminare del codice di commercio.

Non deve allora meravigliare se proprio intorno ai nodi che Asquini sperava restassero irrisolti finì con il ruotare il dibattito, per quanto destinato a svolgersi in forme ovattate e circoscritte a pochi interlocutori ⁽⁶²⁾, che avrebbe portato nel giro di pochi mesi all’ela-

(62) Mette conto rimarcare che il progetto preliminare del libro V venne fatto circolare solo tra una stretta cerchia di giuristi ed esperti e di strutture istituzionali e politiche, sulla base di precise direttive di fonte ministeriale: una indiretta quanto peraltro significativa conferma si ricava da una lettera del 18 febbraio 1941 inviata dal Ministero di Grazia e Giustizia a Salvatore Romano in cui lo scrivente comunica al destinatario l’impossibilità di soddisfare il desiderio dell’interlocutore di ricevere copia del libro dell’impresa e del lavoro perché “il libro medesimo è tuttora riservato”.

borazione di non meno di quattro stesure ⁽⁶³⁾ del libro V, sino alla sua definitiva approvazione e pubblicazione nel luglio del 1941 ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Invero, in mancanza dei processi verbali delle sedute che hanno portato alla elaborazione finale del libro V, la tesi sostenuta nel testo si basa esclusivamente sull'affermazione di Fodale, allora alla Presidenza della camera dei fasci, il quale, in una lettera inviata al Ministro Grandi il 15 maggio 1941, allegava "alcuni rilievi sulla quarta edizione del libro 'Impresa e lavoro'", in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 30. D'altro canto, questa conclusione pare avvalorata anche dal fatto che in una altra missiva inviata da Salandra a Mandrioli del 7 maggio 1941 il primo comunica al suo interlocutore di aver ricevuto "il testo definitivo proposto per il libro dell'Impresa e del lavoro", in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 30. A sua volta, non è meno rilevante il fatto che ASQUINI, *Dieci anni dopo l'abrogazione del codice di commercio*, in *Scritti giuridici*, vol. III, 107, collocasse l'elaborazione del libro V "tra il dicembre 1940 e l'aprile 1941". D'altro canto, in un discorso tenuto il 26 aprile 1941 da PUTZOLU *Lineamenti politici e giuridici della nuova Legislazione Civile Fascista*, Roma 1941, 15, allora sottosegretario al ministero di grazia e giustizia, si parla tra l'altro del "libro del lavoro in corso di pubblicazione". Ciò avvalorata la conclusione secondo cui, dovettero intervenire all'ultima ora alcune difficoltà che spostarono in avanti la pubblicazione ufficiale di un testo sostanzialmente pronto alla fine di aprile.

⁽⁶⁴⁾ È bene innanzitutto ricordare che la Gazzetta Ufficiale n. 31 del 5 febbraio 1941, (contenente tra l'altro: 1) la relazione del Ministro Guardasigilli al disegno di legge sul "Valore giuridico della carta del lavoro"; 2) la relativa legge 30 gennaio 1941 n. 14; 3) il regio decreto 30 gennaio 1941 n. 15 su l'approvazione del testo del libro del codice civile "Della proprietà"; 4) il testo della carta del lavoro; 5) il testo del libro "Della proprietà", ospitava soltanto i decreti, di pari data, relativi alla sola approvazione del libro "Delle obbligazioni", di quello "Dell'impresa e del lavoro" e della "Della tutela dei diritti". I testi di questi libri del codice nonché delle relative relazioni ministeriali, ivi compresa quella riguardante il libro "della proprietà", furono pubblicati a parte, in "edizione straordinaria", in altre autonome gazzette ufficiali che, sebbene datate pur sempre 5 febbraio 1941, vanno dal 31 *bis* sino al 31 *octies* e presentano al loro interno autonome numerazioni di pagine in caratteri romani. A dispetto dell'ordine in cui nella gazzetta ufficiale n. 31 erano stati posti i relativi decreti di approvazione dei libri del codice, la serie speciale presenta questa sequenza: il numero 31 *bis* ospita la relazione al libro "Della proprietà"; il numero 31 *ter* contiene il libro della tutela dei diritti; il 31 *quater* il libro "Delle obbligazioni"; il 31 *quinquies* il libro "Del lavoro", il 31 *sexies* la relazione al libro "Della tutela dei diritti"; il 31 *septies* la relazione al libro "Del lavoro"; il 31 *octies* la relazione al libro "Delle obbligazioni". Ebbene, al di là della significativa differenza che riguarda il futuro libro V del codice, posto che, mentre il decreto di approvazione contenuto nella G.U. n. 31 parla del libro "Dell'impresa e del lavoro", il testo e la relativa relazione pubblicati rispettivamente nelle G.U. n. 31 *quinquies* e *septies* adottano la diversa formula "Del lavoro", è importante in primo luogo stabilire quando sia effettivamente avvenuta la pubblicazione di queste gazzette ufficiali in "edizione

5. *Dal progetto preliminare al libro "Del lavoro": dall'impresa all'imprenditore.*

Prima di esaminare in dettaglio, sempre sulla base della scarna documentazione a disposizione, alcuni momenti significativi dei

straordinaria", in particolare verificare quale sia stato il ritardo nella loro effettiva predisposizione e diffusione, rispetto alla data ufficiale del 5 febbraio 1941.

Per il libro IV si è sostenuto, di recente, che ciò sarebbe avvenuto nel luglio del medesimo anno 1941, ossia a distanza di più di cinque mesi dalla formale approvazione contenuta nella G.U. n. 31 del 5 febbraio. In particolare, partendo dall'indicazione relativa all'aprile del 1941, che si legge — di pugno di Filippo Vassalli — nella relativa bozza di stampa contenente osservazioni e correzioni apportate da quell'eminente protagonista del lavoro preparatorio del codice — G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, in part. 20 nt. 7, nel presentare proprio quei preziosi appunti di Vassalli provenienti dall'archivio di quest'ultimo, ha fondato la sua conclusione su alcuni articoli pubblicati su giornali nazionali dai quali si ricaverebbe che solo nel luglio del 1941 sarebbe stato effettivamente reso pubblico il testo del libro IV. In realtà, la soluzione avanzata da G.B. Ferri è decisamente affrettata. Una più rigorosa ricerca archivistica conduce a correggere quella conclusione che, se mai, può essere, con relativa certezza, riferita al libro V "del lavoro" e non certo al libro IV. Infatti, la pubblicazione di quest'ultimo libro va fatta risalire ai primi di giugno dello stesso anno 1941. Invero, con una lettera del 31 maggio 1941, indirizzata da Mandrioli ad Albertini Antonio, senatore e pres. di sezione della Cassazione, il mittente poteva inviare al destinatario "copia del codice delle obbligazioni che sarà sottoposto alla firma della maestà, lunedì prossimo" (ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 28), vale a dire il lunedì 2 giugno. Sempre il Mandrioli, mentre in una lettera del 15 giugno indirizzata al prof. Osti (in ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 28) chiedeva riscontro al destinatario circa l'avvenuta ricezione del testo del libro delle obbligazioni già pubblicato nella G. U, dall'altra, il successivo 21 giugno provvedeva ad inviare al prof. Pacchioni il testo della G.U. relativo al libro delle obbligazioni. In effetti, il 4 giugno un'illustrazione ufficiale del nuovo libro delle obbligazioni, per certi versi significativa per cogliere la lettura "politica" della codificazione, venne pubblicata contestualmente sul *Corriere della Sera*, sulla *Nazione* e sulla *Gazzetta di Venezia*.

Quanto, invece, alla pubblicazione del libro "Del lavoro" essa intervenne poco più di un mese dopo rispetto a libro IV e certamente anche qui con qualche ritardo sui tempi che gli addetti ai lavori avevano previsto in un primo tempo (si v. la nota precedente). In effetti, solo il 10 luglio del 1941 il capo di Gabinetto Mandrioli in lettere dal contenuto identico inviate al prof. Greco, a Fragali ed al Ferrara poteva comunicare, con tono liberatorio, che "il libro del lavoro è andato finalmente alla firma Sovrana" (ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto Riforma dei codici* busta 28). Puntualmente, il giorno successivo fu emanato un comunicato ufficiale relativo appunto alla pubblicazione del libro V del codice: in ACS, *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto Riforma dei codici* busta 30 è presente una lettera dell'11 luglio 1941 indirizzata dal capo di

lavori di predisposizione della stesura finale del nuovo libro destinato al codice civile unificato, con specifico riguardo al tema che è al centro della presente indagine, appare utile osservare che l'elaborazione del libro V fu contraddistinta da singolari novità circa il metodo della sua preparazione. Singolari novità dovute all'intrecciarsi di due circostanze diverse che sicuramente guidarono la scelta adottata da Ministro Grandi. Da un lato, la determinazione di accelerare i tempi di completamento dell'opera codificatoria, tanto più che il 5 febbraio del 1941 erano stati già pubblicati i decreti di approvazione di tutti i libri del codice compresi quelli ancora in elaborazione, impose la necessità di non rispettare l'iter procedimentale seguito sino al tutto il 1940 per i lavori della codificazione: iter per il quale i singoli progetti elaborati da apposite Commissioni ministeriali erano sottoposte al vaglio delle Commissioni Legislative delle Camere nonché delle Università e delle corti di appello. Dall'altro, e con particolare riferimento questa volta proprio al libro V, la scelta sia di affidare il compito ad uno stretto quanto selezionato numero di giuristi ed operatori giuridici, in sostituzione, in definitiva, dell'originaria Commissione presieduta da Asquini al fine della predisposizione del codice di Commercio, sia di coinvolgere enti sindacali e corporativi nonché esponenti del mondo del lavoro e dell'economia rappresentò un effetto diretto dell'indubbia crescente "politizzazione" che il processo codificatorio aveva assunto nell'arco del 1940. In particolare, l'esigenza di accentuare il carattere "corporativo" della codificazione, nella misura in cui imponeva il superamento della sola prospettiva tecnica a cui i giuristi erano tendenzialmente legati e che aveva già fornito occasioni di attrito con gli enti esponenziali di interessi economici e sociali, richiese appunto che le opzioni dei soli giuristi venissero bilanciate e, per certi versi, anche ridimensionate, dalla diretta scesa in campo degli uffici studi legislativi delle strutture collettive rappresentative dei diversi ope-

gabinetto del pres. camera dei fasci e della corporazioni a Luciano, capo di gabinetto del Ministero della cultura popolare, in ordine al comunicato da pubblicare alle cinque del pomeriggio del medesimo giorno ed avente ad oggetto proprio la pubblicazione del libro dell'impresa e del lavoro); comunicato poi pubblicato su alcuni quotidiani nazionali (si v. tra gli altri il *Sole* e la *Gazzetta di Venezia* del 12 luglio).

ratori economici i cui interessi potevano essere incisi dal nuovo libro dell'“Impresa e del lavoro” (65).

Le considerazioni ora svolte, a ben vedere, assumono un rilievo particolare per comprendere il passaggio dal progetto preliminare predisposto da Asquini tra la fine del 1940 ed i primissimi giorni del 1941 al testo definitivo del libro V, ed, in primo luogo, per cogliere le difficoltà a fronte delle quali si trovò lo stesso Asquini nel difendere, nei limiti del possibile, le opzioni culturali di fondo, a cui intese sempre restare fedele, imperniate essenzialmente su quella differenza tra materia agricola e materia commerciale: differenza che nella prospettiva di Asquini non rispondeva soltanto ad una radicata convinzione circa la marcata diversità dell'economia agricola, ma, nel suo stesso esserci, assicurava salde radici all'autonomia del diritto commerciale.

Invero, il progetto preliminare del libro del lavoro non conteneva un'esplicita definizione generale di impresa e di imprenditore; in ogni caso, come si è già rimarcato, l'effettiva area operativa di tali

(65) Al fine sia di illustrare il clima che si respirava nel periodo in cui apparve il progetto preliminare del libro V, sia di comprendere le ragioni della scelta fatta da Grandi circa il diretto coinvolgimento di enti esponenziali di interessi concreti, si confronti quanto scriveva “a caldo” nei primi del 1941, PETRONE, *Della codificazione “civile” in genere e del libro dell’“impresa e del lavoro” in specie*, in *Il Diritto Fascista*, n. 1-2 Novembre-Febbraio 1941 con la diretta testimonianza fornita da ROBERTI, *Il lavoro nel nuovo codice civile*, cit. legato proprio alla Confederazione Fascista dei lavoratori dell'agricoltura coinvolta nella elaborazione del nuovo libro V. Infatti, nell'illustrare criticamente lo stesso progetto preliminare del libro V, alla luce anche della esperienza sino ad allora seguita in ordine ai lavori della codificazione, PETRONE, *op. cit.*, pag. 2 dell'estratto, non mancava di “rilevare come la composizione delle Commissioni Legislative sia per noi tuttora e sempre motivo di profondo turbamento e grande incertezza; infatti la presenza in dette Commissioni di elementi ancora agganciati a nostalgici principi liberali e la constatazione che si tratti spesso di persone saldamente piazzate nelle Accademie e negli Atenei sono fattori negativi di tale forza da riuscire, qualche volta, a scuotere ogni nostro ottimistico ragionamento positivo”. Viceversa ROBERTI, *op. cit.*, 13 sulla scorta di quanto effettivamente intervenuto tra il gennaio e l'aprile del 1941, non aveva difficoltà a rimarcare la sensibilità politica del Ministro per aver compreso che “la codificazione prima di essere un'opera legislativa da affidare ai tecnici è un'opera politica. Ai tecnici spetta la formulazione della norma, ma il suo contenuto è opera di sintesi politica”. Di qui il plauso per una scelta per cui “Attraverso la propria associazione di categoria non solo l'uomo della cattedra, ma anche “l'uomo della strada” ha potuto così far sentire la sua voce nel momento in cui si elaborano le leggi che dovranno regolare la sua vita di cittadino e di produttore”.

nozioni, a dispetto del titolo del libro, risultava decisamente circoscritta posto che le attività economiche organizzate a livello personale o familiare, ossia quelle dimensionalmente piccole non potevano fruire di tali qualificazioni. A sua volta, l'affermata curvatura della nuova disciplina ai principi corporativi e, in particolare, allo *status* professionale dei soggetti economici era significativamente contraddetta dal fatto che il progetto, anche sul piano terminologico, poneva pur sempre l'accento sul dato oggettivo dell'impresa più che su quello soggettivo dell'imprenditore. Il che significava, in altri termini, che le nozioni di imprenditore e di impresa emergenti nel progetto evocavano un indubbio significato tecnico-giuridico di rilevanza privatistica che certamente ne segnava la distanza da quella analoga terminologia atecnica o di significato generale presente nella Carta del lavoro ovvero nella disciplina corporativa (si pensi rispettivamente al termine "imprenditore" ovvero a quello di "produttori", ancor più generico e intriso di ideologia) ⁽⁶⁶⁾.

Al di là dell'indubbio affinamento concettuale che il progetto del libro V risultava registrare rispetto al precedente progetto preliminare del codice di commercio, entrambi a firma di Asquini, fu proprio intorno alla contrapposizione segnalata con lucidità da Mossa agli inizi del 1941 tra una nozione di impresa rispondente alla struttura ordinaria, presente nel settore industriale moderno, ed una più generica, fondata esclusivamente sulla sola "attività" professionalmente esercitata, che finì con il ruotare, nel breve giro di poche settimane, il processo di "erosione" del progetto Asquini, a fronte dei colpi inferti sia da un clima politico favorevole ad orientare in misura più incisiva l'impostazione del nuovo libro in chiave corporativa, sia da un metodo di lavoro che affidava molte scelte di politica legislativa direttamente nelle mani degli enti esponenziali dei singoli interessi economici di categoria.

Più in particolare, il profondo rivolgimento dell'impianto relativo ai capi introduttivi presenti nel progetto preliminare del libro V fu il frutto di una manovra a tenaglia che vide la convergenza di molteplici

⁽⁶⁶⁾ Di qui, la denunciata insoddisfazione per il progetto preliminare del libro V, stante "la perfetta adesione di esso ai più importanti concetti liberali dell'economia": per questa critica da "sinistra" si v. ancora PETRONE, *op. cit.*, 6 a conferma delle vivacità del dibattito politico-sindacale che circondò la gestazione finale del libro V.

spinte. Per quanto non coordinate tra loro, esse finirono da un lato con l'assecondare la prospettiva "politica" favorevole al superamento dei principi liberali e, in definitiva, ad una più incisiva curvatura della legislazione civile ai principi corporativi ed all'interventismo economico dello Stato, dall'altro a coniugare il processo di modernizzazione del diritto privato dell'economia con la sostanziale conservazione, e non certo con il mutamento, di radicati equilibri sociali.

Dal primo punto di vista, la presenza, anche ai vertici del ministero di Grazia e Giustizia in cui si lavorava alla codificazione, di un orientamento, se non partecipe, quanto meno incline ad assecondare gli indirizzi politici allora dominanti, ben si può cogliere in un'importante missiva che il magistrato Dino Mandrioli, capo di gabinetto del Ministro Grandi e di fatto scrupoloso quanto abile coordinatore dei lavori di ultimazione della codificazione, ebbe a scrivere a Mossa, il 10 febbraio del 1941. La data stessa della missiva è di rilievo, posto che è proprio in quel periodo che a livello ministeriale era già in corso la raccolta dei pareri dei giuristi, espressamente interpellati, nonché delle osservazioni e proposte avanzate dagli enti di categoria coinvolti: il tutto in vista della prima riunione, fissata per il 12 marzo successivo, del sottocomitato per il libro V ⁽⁶⁷⁾ al quale quella documentazione sarebbe stata sottoposta al fine di licenziare il testo definitivo di quel libro. In risposta a Mossa, il quale aveva inviato al suo interlocutore l'estratto relativo al suo saggio, di fresca pubblicazione sull'*Archivio di studi corporativi*, dal titolo *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, già richiamato in precedenza, Mandrioli così scriveva ⁽⁶⁸⁾:

"nelle ultime pagine del vostro scritto voi prendete posizione contro la tendenza di costruire il libro sull'impresa e sul lavoro su di un concetto

⁽⁶⁷⁾ Dalla documentazione proveniente dall'archivio di Stato emerge che le prime convocazioni del comitato di revisione del libro V definito nella sua composizione tra la fine di gennaio e gli inizi di febbraio del 1941 comprendevano, oltre al sottosegretario Putzolu e Asquini, nella veste di vice presidenti, Biagi, Greco, Piga, Soprano, Vassalli, Rotondi, Anselmi, Giglio, Medici, Zanobini, Mandrioli, Azzariti, Ferri, Frè, e Salandra. Decisamente più ampia è però la rosa dei componenti pubblicata in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941), Progetti preliminari del Libro della obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, vol. I, Roma 1942, LV.

⁽⁶⁸⁾ La lettera si legge in *ACS Ministero di Grazia Giustizia Gabinetto busta 30*.

meramente economico-corporativo di impresa. Su questo punto io personalmente non Vi posso seguire perché ritengo che, appunto per dare al nuovo libro una base strettamente aderente all'ordinamento corporativo, si debba partire da un concetto latissimo di imprenditore, per venire poi a tener conto delle esigenze delle imprese più complesse che si differenziano soltanto in alcuni istituti.

Partendo dal vostro specifico concetto di impresa si avrebbe soltanto una sostituzione nella ragione determinante della materia di commercio (impresa e non più atto di commercio). Ritengo che ciò sia troppo poco per il momento attuale.

Il vostro studio, come ho scritto al Ministro [sul fronte di Albania] ha in ogni modo il grande merito di avere con molta franchezza messo a fuoco quella che è la principale questione della codificazione in questo settore”.

Le parole di chiusura utilizzate da Mandrioli nella sua missiva segnalano, con indubbia evidenza, che la richiamata contrapposizione [destinata a riemergere ed orientare per molti decenni il successivo dibattito dottrinale sull'impresa, il quale, non caso, ha oscillato appunto tra una prospettiva “minimalista” fondata sull'esclusivo rilievo dell'attività e quella orientata ad attribuire valore pregnante al profilo dell'*organizzazione*] rifletteva un problema centrale di politica del diritto: problema di cui i protagonisti della codificazione del libro V avevano assoluta consapevolezza e la cui soluzione sarebbe stata determinante in ordine alla strutturazione finale del nuovo libro (69).

(69) Del resto, in ordine all'indubbia valenza politica che le contrapposte prospettive presentavano è eloquente la testimonianza offerta da un diretto protagonista dei lavori intervenuti nei primi mesi del 1941 intorno alla stesura finale del libro V. In occasione di una conferenza tenuta a Roma il 26 aprile 1941, ossia quando il libro V era in stato di avanzata elaborazione, il sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia, PUTZOLU, *Lineamenti politici w giuridici della nuova Legislazione Civile Fascista*, cit., 18, non aveva difficoltà a riconoscere che si fronteggiavano due indirizzi “che hanno come determinante comune la nobile passione per una scienza [quella commercialistica] che è nata e si è affermata nei secoli come alta espressione del genio giuridico e della civiltà della nostra gente...”: il primo dei quali incline a riconoscere nel nuovo assetto fondato sulla visione unitaria dell'economia organizzata il segno dell'espansione verso il settore dell'economia agricola e familiare delle forme giuridiche proprie delle attività commerciali; il secondo, viceversa, a denunciare come illogica quella espansione “per l'essenza diversa — sia in senso economico sia in senso sociale — dei fenomeni unitariamente regolati”... risultando quello agrario “legato ad attività di carattere personale o familiare dell'imprenditore”, quello commerciale “all'ente impresa, considerato come organismo e dotato di una propria autonoma vitalità, al di là della sfera della persona”. Il terreno di incontro di questi indirizzi, entrambi contenenti qualcosa di vero, finiva con l'essere

Del resto, che quella contrapposizione riflettesse un'irrisolta tensione già presente nel tessuto disciplinare del progetto non sfuggì alla vista acutissima di un valoroso civilista che, invitato dal Ministro ad avanzare osservazioni sul progetto, in poche, quanto densissime, pagine mise subito a nudo quella questione ed alcuni suoi importanti corollari (70).

Infatti, nel leggere con un sicura sensibilità sistematica il progetto preliminare del libro V, Santoro Passarelli non ebbe difficoltà a cogliere la distanza del nuovo libro da quelli già licenziati. In primo luogo, a suo dire, a fronte del criterio strutturale o *qualitativo* sino ad allora seguito nella elaborazione degli altri libri del codice, il progetto del libro V appariva anomalo in quanto non costruito su criteri formali, bensì orientato sulla base di un "criterio *quantitativo*, quello cioè delle dimensioni dell'attività, piuttosto atto a determinare un diritto speciale, come il diritto commerciale o un diritto (autonomo) dell'impresa: *l'attività di grandi dimensioni, quella organizzata ad impresa, sarebbe l'asse intorno a cui ruoterebbe il sistema di rapporti regolati in questo libro*" [il corsivo è nostro] (71). D'altro canto, il criterio sistematico fornito dalla nozione di impresa risultava comunque approssimativo alla sguardo attento di Santoro Passarelli, per due ragioni.

In primo luogo, quanto al contenuto, il progetto non sfuggiva a due rilievi critici: a) il contratto individuale di lavoro disciplinato nel

per Putzolu, la sintesi offerta dalla visione corporativa nella misura in cui da una parte l'espansione per certi versi inevitabile dei modelli commerciali anche all'agricoltura aveva "una portata meramente formale e strumentale" per via dell'abbandono dei principi di fondo dell'economia liberale, incentrati sull'egoismo speculativo ed il rifiuto di ogni controllo dello Stato, dall'altra la legislazione doveva assecondare le persistenti differenze strutturali dell'economia agricola da quella industriale e commerciale.

(70) Il riferimento è al breve scritto di SANTORO PASSARELLI, *A proposito dell'impresa nel codice civile*, in *Riv. dir. comm.* 1941, I, 140 ss.

(71) L'obiezione avanzata da Santoro Passarelli non passò inosservata ad ASQUINI, *L'architettura del libro del lavoro*, in *Arch. Studi corporativi* 1942, 1 ss., in part. 2. A codificazione ultimata, Asquini ritenne di dover replicare: senza citare l'autore di quella obiezione e pur riconoscendo essere il rilievo "esatto solo in parte", il "padre" del libro V rivendicò la mancata osservanza del criterio formale come "una conquista del nuovo codice", a riprova proprio del fatto che "la Carta del lavoro anteposta al nuovo codice civile non è solo una premessa politica generica, ma il fondamento di una nuova impostazione del sistema del diritto".

libro V può ben ricorrere anche dove non vi è l'impresa, nella quale peraltro risultano comunque non inquadrabili le professionali intellettuali; *b*) molti dei contratti di impresa erano stati disciplinati nel libro delle obbligazioni e non nel libro V (osservazione questa che toccava peraltro l'affitto di fondo disciplinato nel libro IV e dunque tenuto separato, di conseguenza, dagli altri contratti di compartecipazione agraria compresi nel nuovo libro V).

In secondo luogo, la nozione di impresa, presente nel progetto, non appariva stabilita con la necessaria chiarezza. Al riguardo, Santoro Passatelli poneva due interrogativi oltremodo significativi. Il primo riguardava la determinazione del limite tra artigianato ed impresa: interrogativo, questo, che evidenziava l'intuita carenza di linearità del progetto nel seguire sino in fondo quel profilo dimensionale tradizionalmente sotteso alla *forma* impresa. Il secondo, strettamente connesso all'altro — posto che toccava una questione che senza dubbio dava spessore alla denunciata ambiguità della nozione di impresa e poteva implicare una sicura soluzione di continuità rispetto all'opzione contenuta nel codice di commercio allora vigente — si riferiva alla necessità o meno della destinazione allo scambio dei beni prodotti dall'impresa in quanto organizzazione di una attività economica. Necessità che, nel progetto, appariva dubbia, sia per via dell'inadeguata definizione di impresa commerciale adottata, sia a causa dell'assoggettamento alla medesima disciplina anche delle imprese esercitate dallo Stato e dagli altri enti pubblici, così restando incerto se ciò dovesse valere senza che rilevasse la destinazione dei prodotti al mercato ovvero al soddisfacimento di bisogni propri. A Santoro Passarelli non sfuggiva che l'introduzione di un'impresa per conto proprio (ovvero quella occasionale) avrebbe implicato un indubbio ampliamento della nozione di impresa rispetto a quella conosciuta dal codice di commercio: ampliamento che avrebbe contribuito ad erodere quelle "grandi dimensioni" a cui si legava la nozione di impresa elaborata dalla scienza commercialistica. A suo dire, infatti, "la questione è importante così per l'attività agricola come e specialmente per l'attività commerciale: dalla sua soluzione dipende, fra l'altro, se debba considerarsi imprenditore l'agricoltore, il quale coltiva il fondo esclusivamente per i bisogni propri e della propria famiglia con mano d'opera estranea e chi, ad esempio, assume operai per co-

struirsi una casa di campagna”. Di qui, la conclusione finale avanzata da Santoro Passarelli, in termini di proposta da sottoporre all’attenzione del Ministro, circa la necessità tanto di fissare la nozione di impresa in modo che essa corrisponda all’“organizzazione dei fattori della produzione solo se serva per lo scambio” quanto di “subordinare esplicitamente l’assunzione della qualità di commerciante al requisito della professionalità, che non si può considerare connotato al concetto di impresa, come hanno ritenuto i compilatori del progetto” (72).

In effetti, l’esigenza avanzata da Santoro Passarelli di un chiarimento definitorio in ordine ad una delle nozioni fondamentali del nuovo libro era stato, nello stesso arco di tempo, già accolto e tradotto in una proposta operativa da parte di un commercialista, il prof. Soprano, membro del comitato di revisione del libro V e da tempo fautore di una maggiore aderenza del diritto privato dell’economia ai principi corporativi. Infatti, il prof Soprano, il 3 febbraio 1941, inviò al Ministero un articolato da sottoporre all’attenzione del comitato medesimo, comprendente significative modifiche ai primi tre titoli del progetto del libro V (73). Le proposte del commercialista napoletano meriterebbero una approfondita disamina. Ai nostri fini è sufficiente qui soffermarsi sui suggerimenti più rilevanti per la presente indagine.

Innanzitutto, nell’articolato presentato da Soprano si prospettò un mutamento da apportare al progetto Asquini, apparentemente solo linguistico, e però di portata decisiva: al termine “impresa” si preferiva sistematicamente sostituire quello di imprenditore, sì da dare coerenza a quell’impianto che voleva ruotare intorno agli *status* professionali (74). Inoltre, tra le varie proposte, destinate ad essere accolte nella stesura finale del libro V, si suggeriva anche lo spostamento della disciplina dei contratti agrari associativi nell’ambito della disciplina dettata per gli imprenditori agricoli, per i quali però si prospettava anche un sistema di pubblicità.

(72) SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 142.

(73) Il dattiloscritto con correzioni di pugno dello stesso Soprano si trova in ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 30.

(74) L’attenzione al momento soggettivo infatti, era strettamente connotato all’approccio proprio dell’ordinamento corporativo.

In realtà, la novità fondamentale presente negli emendamenti suggeriti da Soprano consisté nell'introduzione, esplicitamente ritenuta necessaria, in quanto "pilastro di tutto il libro", di una definizione generale di imprenditore, secondo la quale "*È imprenditore chiunque eserciti professionalmente ai fini della produzione o degli scambi una attività che ecceda l'ambito del mestiere o del lavoro personale o familiare*".

La nozione prospettata da Soprano è di estremo interesse: se confrontata con quella poi definitivamente accolta nell'art. 2082, essa permette di fare luce su quel processo di progressivo e consapevole distacco dalla nozione forte di impresa — originariamente presente nel progetto Asquini, e tenacemente difesa da Mossa e da Ferri — che si consumò nel volgere di poche settimane, a favore di quel latissimo concetto di imprenditore cui dichiarava di volersi attenere il capo di gabinetto del Ministro Mandrioli, regista occulto di tutti i lavori di elaborazione del libro V, il quale, probabilmente, nel rispondere a Mossa aveva già metabolizzato il suggerimento offertogli dal commercialista partenopeo.

A ben vedere, però, la definizione avanzata nei primi del febbraio 1941 da Soprano, pur mirando a dare coerenza ad un testo, quello del progetto del libro V, che, nella sua stessa apertura, puntava sul profilo professionale dei soggetti, non intendeva certo alterare la scelta accolta da Asquini, orientata ad escludere dall'area della professionalità imprenditoriale le figure dimensionalmente minori, vale a dire quelle ruotanti rispettivamente sul solo mestiere (e che dunque evocavano immediatamente l'artigiano su cui si era interrogato lo stesso Santoro Passarelli) ovvero sul lavoro personale e familiare (proprio del coltivatore diretto).

In realtà, più che l'introduzione di una definizione generale, la fissazione di una nozione incentrata sul profilo soggettivo e non già su quello oggettivo non poteva limitarsi, come era probabilmente nelle intenzioni del proponente, a registrare semplicemente il capovolgimento della sola prospettiva cui guardare il medesimo fenomeno. Inevitabilmente, essa finiva con mettere in primo piano il soggetto economico, in quanto produttore di ricchezza, a svantaggio della struttura, ossia della complessa organizzazione messa in campo a tal fine: in tal modo si aprivano le porte ad un'inevitabile dilatazione dell'area ricopribile da quella definizione. In altri termini, il

suggerimento di Soprano, che voleva costituire un momento di mediazione tra una lettura del diritto dell'economia orientata dai principi corporativi e la fedeltà ad una soluzione tecnica in linea con la tradizione del diritto commerciale, finì con l'accentuare le spinte a che la codificazione si orientasse verso quel concetto economico-corporativo, generico quanto ad ampio spettro, offerto dal binomio imprenditore-impresa che il progetto preliminare del libro V aveva viceversa fundamentalmente tenuto a freno.

Per altro verso, lo spostamento del baricentro del sistema dal profilo strutturale proprio dell'impresa a quello professionale dell'attività, con la conseguente valorizzazione della figura dell'imprenditore rispetto all'impresa, era in grado di legittimare soluzioni definitorie sensibilmente diverse da quelle suggerite da Soprano, ad es., in direzione "di un criterio sociale, quello del "lavoro dipendente"", assunto consapevolmente come alternativo a quello fondato sulle "dimensioni patrimoniali dell'azienda" (75). Infatti, nella definizione generale relativa anch'essa all'imprenditore, suggerita in quei medesimi giorni da parte della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura (76), alla formula di apertura per cui "È imprenditore colui che organizza ed esercita un'attività professionale", seguiva subito la puntualizzazione "in collaborazione permanente con attività subordinate, compensate mediante retribuzione oppure mediante compartecipazione di prodotti, ai profitti e agli utili, qualunque sia il numero dei dipendenti e qualunque sia il grado della rispettiva collaborazione". In realtà, anche quello del lavoro subordinato era un limite per nulla invalicabile. La conferma si rinviene in quello stesso pacchetto di osservazioni avanzato dalla Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura. Infatti, la suggerita definizione generale di imprenditore, ruotante tutta sulla presenza di lavoro subordinato retribuito, era chiamata a convivere con una proposta correttiva dell'art. 26 del progetto preliminare, nel senso quanto meno di far sparire l'esplicita esclusione della qualifica

(75) Le espressioni riportate ricorrono in sede di illustrazione dell'articolato comprendente proposte di modifiche al progetto preliminare del libro V prospettato dalla CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Del lavoro*, cit. 8.

(76) Si v. l'art. 10 contenute nelle proposte elaborate dalla CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *op. cit.*, 47.

di imprenditore per il coltivatore diretto ivi prevista, a favore di una formula che non suonasse discriminatoria nei confronti delle aziende agricole familiari presenti allora in maggioranza nella realtà agricola italiana ed oggetto di particolare *favor* da parte della legislazione sulla colonizzazione (77).

Non diversa, sul punto, apparve anche la posizione della Confederazione Fascista degli Agricoltori. Anche questa, infatti, in un opuscolo (78) elaborato dal proprio ufficio di studi legislativi e contenente osservazioni in merito al progetto preliminare del libro V, non si limitò a richiedere l'eliminazione della norma (art. 26) in quanto privava il coltivatore diretto della qualifica di imprenditore; ma suggerì che la regola secondo cui il rapporto di lavoro fornito da estranei avrebbe dovuto rispettare la disciplina di diritto comune dei rapporti di lavoro rinvenisse un'eccezione nel caso di scambio di mano d'opera, ossia di quel rapporto frequente in agricoltura tra piccoli coltivatori, rispondente ad una pratica "oltremodo utile, anzi necessaria, per l'agricoltura".

In realtà, che la nozione di imprenditore dovesse finire con l'estendersi pienamente anche a quelle figure (artigiano, coltivatore diretto) "marginali" rispetto al modello tradizionale di impresa, con ciò caricandosi di quelle incertezze ed ambiguità che hanno continuato a caratterizzare nei successivi decenni il tema, era scritto nei fatti. Invero, la spinta proveniente dagli interessi costituiti, saldandosi con le opzioni ideologiche favorevoli appunto a trovare un nuovo quanto possibilmente originale comune denominatore in grado di fornire un ordine architettonico all'intera disciplina, avrebbe finito con l'agevolare il definitivo ribaltamento dei termini indicati nell'alternativa concettuale prospettata da Mossa, esattamente nella direzione che il capo di gabinetto Mandrioli aveva lucidamente intravista.

Anche a proposito della specifica problematica relativa alla piccola impresa agricola, in particolare a quella del coltivatore diretto, l'effettivo coordinatore dei lavori preparatori del libro V non

(77) Si veda ancora CONFEDERAZIONE FASCISTA DEL LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *op. cit.*, 22, 63.

(78) CONFEDERAZIONE FASCISTA DEGLI AGRICOLTORI, *Osservazioni sul progetto ministeriale del codice civile. Dell'Impresa e del lavoro*, Roma 1941, 15.

aveva solo idee chiare, ma precisi obiettivi da perseguire. In una lettera datata 1 marzo 1941, inviata al prof. Maroi il quale aveva avanzato puntuali suggerimenti correttivi del progetto ⁽⁷⁹⁾ in ordine sia alla sistemazione dei contratti agrari, sia delle idee guida intorno alle quali adeguare la disciplina dell'impresa, ivi compreso il riconoscimento della qualifica di imprenditore al coltivatore diretto ⁽⁸⁰⁾, Dino Mandrioli, non aveva difficoltà a riconoscersi nelle proposte del suo interlocutore:

Io sono in molte cose d'accordo con Voi, specialmente sull'opportunità di operare col binomio imprenditore ed azienda, di svolgere meglio l'azienda agricola, di considerare imprenditore anche il conduttore che coltiva direttamente con la famiglia sua, di portare l'affitto dei beni rustici nel libro dell'Impresa. Farò il possibile perché questi concetti riescano finalmente ad imporsi ⁽⁸¹⁾.

A questo riguardo, è indubbio che l'introduzione vittoriosa della definizione del piccolo imprenditore, con cui in definitiva la qualifica di imprenditore veniva riconosciuta a figure quali il coltivatore diretto, il piccolo commerciante, l'artigiano, originariamente sottratte dall'area operativa dell'impresa, si realizzò, in tempi strettissimi e senza tutte le necessarie conseguenti correzioni nel tessuto disciplinare dell'intero libro V ⁽⁸²⁾, fatto salvo l'abbandono dell'*in-*

⁽⁷⁹⁾ Lo scritto di MAROI, *Impresa ed azienda. Forme contrattuali della gestione aziendale*, Roma 1941, contenente le osservazioni inviate al Ministero nei primi del 1941, risulta citato dallo stesso MAROI, *Nozione di imprenditore agricolo nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.* 1942, I, 1 ss., in part. 4.

⁽⁸⁰⁾ Nel riprendere, a codificazione avvenuta, la questione relativa alla qualifica di imprenditore da riconoscere anche al coltivatore diretto, già affrontata nel corso dei lavori preparatori, MAROI, *Nozione di imprenditore agricolo nel nuovo codice civile* cit. si preoccupa di precisare che la positiva soluzione accolta dal codice e da lui stesso auspicata "chiarisce che ai fini dell'attribuzione della qualifica di imprenditore-agricoltore è sufficiente la organizzazione di un'attività anche per i soli bisogni propri e della famiglia... e che può concepirsi un'attività economica organizzata ai fini produttivi nella quale la collaborazione di attività subordinate non è data da mano d'opera salariata, ma soltanto da persone di famiglia": in tal modo si contrapponeva esplicitamente, citandola in nota, alla diversa posizione espressa da SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

⁽⁸¹⁾ La lettera di Mandrioli si rinviene in ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto busta 30.

⁽⁸²⁾ Esemplare, al riguardo l'art. 157, del testo del libro V pubblicato nell'estate del 1941 e corrispondente al successivo art. 2211c.c. in cui a proposito dell'insolvenza si menzionavano solo gli enti pubblici e non i piccoli imprenditori. A sua volta, l'art. 160

cipit originario del progetto preliminare del libro V che appunto si indirizzava alla disciplina degli *status* professionali ⁽⁸³⁾.

6. *Impresa, azienda, imprenditore: la nascita dell'art. 2135 c.c.*

Le motivazioni alla base del ribaltamento della prospettiva originaria presente nel progetto preliminare, per cui al primato dell'impresa si sostituì quella dell'imprenditore (con l'enucleazione progressiva della definizione generale affidata all'art. 28 del libro V, poi divenuto l'attuale art. 2082), andavano ben oltre la sola necessità di adeguare il linguaggio alla prospettiva professionale, di origine corporativa, entro cui inquadrare la società italiana.

La componente "ideologica" ha certamente assecondato un processo che mirava non solo a riconoscere pari dignità a tutte le manifestazioni del "lavoro", nell'accezione più ampia, ma anche a porre in primo piano il contributo produttivo in senso materiale che ciascuno era tenuto nel campo economico a fornire nell'interesse della nazione. Tuttavia, essa non è da sola in grado di spiegare la singolare fortuna che doveva incontrare la proposta volta a "soggettivizzare" la disciplina degli operatori economici professionali, per cui al "commerciante", protagonista essenziale del codice di commercio, si sarebbe sostituito la figura generale dell'"imprenditore" e quest'ultima avrebbe registrato un indiscusso successo a svantaggio del termine "impresa" che pur era presente nella tradizione commercialistica e che formalmente ricorreva anche nello stesso codice di commercio.

In realtà, la repentina conversione a favore della nozione generale di imprenditore, in luogo di quella di impresa, è stata facilitata

del libro IV, rispondente al successivo art. 1330 c.c., nulla disponeva a proposito della figura del piccolo imprenditore.

⁽⁸³⁾ Al riguardo è interessante osservare che in una fase dei lavori si era insistito sull'ulteriore elaborazione della parte prima sino a prospettare soluzioni analitiche decisamente inadeguate: si v. a titolo esemplificativo quanto scriveva il 23 marzo 1941 Mandrioli ad Asquini, in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 30: "Picella mi ha messo al corrente del nuovo testo proposto per la parte generale del libro dell'impresa... Nulla in contrario per la menzione, ivi, delle varie qualifiche dei prestatori d'opera... ma sono invece recisamente contrario alla definizione di dirigente, impiegato etc."

dal fatto che essa contribuiva fundamentalmente anche ad esorcizzare proprio quel significato forte del termine *impresa* che, sulla scia di un'indiscussa tradizione culturale, peraltro all'altezza dei problemi di una società in via di industrializzazione, Mossa e Ferri avevano tenacemente difeso nel corso dei lavori della codificazione.

In altre parole, nel contesto culturale ed economico in cui si andava ad inscrivere il lavoro codificatorio, il termine "*impresa*" evocava immediatamente un preciso fenomeno sociale, cui si legavano specifici atteggiamenti e costumi operativi da parte dei soggetti che, sia pure a diversi livelli, vi erano coinvolti, tale da suscitare comprensibili perplessità e cautele a fronte di proposte favorevoli ad una sua stessa più generalizzata applicazione. Perplessità e cautele che, indipendentemente dagli stessi esiti disciplinari legati a siffatta operazione, discendevano immediatamente dall'avvertita forza sovvertitrice che tale modello portava seco, proprio in quanto destinato ad imporre e far prevalere il suo "ordine", razionalmente orientato allo scopo, rispetto ad altri assetti preesistenti e rispondenti ad altre logiche.

Questa osservazione, a ben vedere, offre un'utile chiave di lettura per illustrare alcune delle tappe attraverso le quali, con il contestuale depotenziarsi del significato forte di *impresa* (conseguito dal passaggio dalla prospettiva oggettiva a quella soggettiva) e con la conseguente perdita di esclusività del profilo rappresentato dal mercato a vantaggio di quello incentrato sul solo momento della produzione, sia maturata la stesura finale dell'art. 2135 relativa appunto all'imprenditore agricolo: stesura intervenuta parallelamente e contestualmente a quella riguardante la definizione dell'imprenditore in generale, destinata ad abbracciare, piccoli e grandi operatori economici, compresi gli artigiani, imprenditori commerciali ed imprenditori agricoli.

Invero, a fronte della timida apertura presente nel progetto del codice di commercio, in cui per la prima volta il termine *impresa* veniva ad essere coniugato con la "*materia agricoltura*", era il progetto preliminare del libro V a fornire una piena e legittima utilizzazione della figura dell"*impresa*" anche in ordine all'esercizio dell'*agricoltura*, la quale, in definitiva, veniva ad essere posta, quanto a "*forma*" organizzativa, sul medesimo piano della "*materia commerciale*". Ebbene, nella stretta finale del processo codificatorio si

manifestarono singolari resistenze proprio nei confronti di siffatto indirizzo, il quale veniva interpretato come veicolo di una forzata omologazione dell'agricoltura al modello commerciale. In particolare, se da una parte la dottrina commercialistica parve apprezzare l'opzione legislativa favorevole ad estendere la forma impresa anche alla materia agricola, sebbene in parte insoddisfatta quanto alla consequenzialità di tale scelta in ordine alla disciplina destinata ad applicarsi all'impresa agricola, dall'altra fu proprio dal versante degli agraristi ⁽⁸⁴⁾ e delle strutture rappresentative degli interessi economici presenti in agricoltura che emersero perplessità e cautele circa la generalizzata applicazione al settore primario del concetto di impresa e del complessivo armamentario concettuale che era di corollario a quella: perplessità e cautele che poterono essere fugate grazie appunto al passaggio dalla prospettiva oggettiva a quella soggettiva e, contestualmente, all'indubbia perdita del tradizionale significato tecnico che si attribuiva al termine "impresa" e che quel passaggio era in grado di assecondare.

Al riguardo, è oltremodo significativa la consonanza che è dato riscontrare tra le osservazioni in merito al progetto avanzate nel febbraio del 1941 da Giangastone Bolla, direttore della rivista di diritto agrario e promotore allora di una legge organica dell'agricoltura [la quale avrebbe dovuto sul versante del settore primario dell'economia realizzare i risultati affidati per gli altri settori alla sola codificazione] e l'articolato, contenente proposte emendative del progetto preliminare del libro V, predisposto dalla Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura.

Nello scritto intitolato *Osservazioni al titolo III e al titolo V del libro dell' "impresa e del lavoro"* ⁽⁸⁵⁾, il prof. Bolla, più che avanzare considerazioni puntuali su alcuni aspetti del progetto, dichiarava in apertura di volersi soffermare su "un punto fondamentale del progetto che costituisce anche la base della sua impostazione", modifi-

⁽⁸⁴⁾ La ricerca archivistica ha permesso di evidenziare che anche l'Osservatorio italiano di diritto agrario inviò alcune osservazioni elaborate da una Commissione ivi istituita, di cui però non vi è traccia: si v. al riguardo la lettera di accompagnamento di quel documento inviata da D'Amelio, presidente dell'Osservatorio, a Mandrioli il 17 marzo 1941, in ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta 30.

⁽⁸⁵⁾ Il dattiloscritto di Bolla si trova in ACS *Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto* busta n. 30.

cato il quale, si sarebbe dovuto rimodellare entrambi i titoli presi in esame. In particolare, una volta correttamente precisato che nel progetto era l'impresa ad essere stata assunta a nucleo centrale dell'organizzazione produttiva, l'interrogativo di fondo su cui Bolla intendeva soffermarsi riguardava appunto l'adeguatezza di siffatta scelta rispetto allo "scopo di disciplinare 'l'esercizio' della produzione agraria" e dunque l'adeguatezza dell'impostazione accolta per la quale si "presume.....che l'attività agricola, analogamente a quella di scambio, si eserciti da parte di un gestore che organizza il lavoro *altrui* per venderne i prodotti sul mercato, assumendo il rischio dell'impresa e realizzando lucri".

Senonche, a parere di Bolla ⁽⁸⁶⁾,

"questo fenomeno in agricoltura non è normale; è assai limitato ed è correlativo ad una economia di scambio a carattere capitalistico...."

"La realtà è invece che nell'esercizio dell'agricoltura non è tanto l'imprenditore e l'impresa che vengono in considerazione, quanto la combinazione produttiva oggettivamente considerata nei mezzi che la compongono, ossia l'azienda che 'è unità elementare, la cellula del processo produttivo considerata nella sua obbiettività tecnica' (SERPIERI).

Infatti l'attività agricola, si eserciti essa sul fondo proprio o altrui, è dominata in ogni sua fase ed in ogni suo rapporto dall'elemento terra. È il fondo con i suoi caratteri quantitativi e qualitativi, con le sue attitudini ad essere migliorato e trasformato, con i cicli biologici di produzione, con le scelte e la proporzionalità dei mezzi che lo istruiscono, che decide del modo di conduzione e caratterizza l'esercizio, i rapporti e negozi che ne dipendono...".

A conclusione di una approfondita analisi della legislazione speciale e dei nuovi libri del codice, con particolare riguardo al libro III sulla proprietà, Bolla non aveva difficoltà ad enunciare il suo sospetto in ordine alla rilevanza assicurata dal legislatore all'azienda agricola nell'accezione sopra richiamata, ossia che "il Progetto, pur non ignorando la situazione della legislazione positiva, abbia deliberatamente inteso limitarsi a disciplinare l'impresa nell'intento di assorbire, a traverso quel profilo, l'attività agricola nella *sfera dell'attività commerciale*" ⁽⁸⁷⁾. Infatti, la stessa applicazione della forma impresa all'agricoltura appariva denunciare l'ispirazione di fondo del progetto a favore di "quell'orientamento dottrinale che pone

⁽⁸⁶⁾ BOLLA, *op. cit.*, pag. 2-3 del dattiloscritto.

⁽⁸⁷⁾ BOLLA, *op. cit.*, pag. 9 del dattiloscritto.

sullo stesso piano l'economia agraria e quella commerciale; nega il distacco che è tradizionale ed intrinseco tra agricoltura e commercio; e quindi non tiene conto dell'organismo aziendale che è proprio e tipico della produzione agraria, dei contratti agrari, degli istituti secolari ed inconfondibili della speciale attività". In definitiva, il prevalere di quell'indirizzo che emergeva alla base del progetto risultava agli occhi dell'agrarista muovere in direzione di una politica incline a "deruralizzare l'Italia. A parere di Bolla, l'adesione viceversa ad un'impostazione che intendesse tener conto delle differenze strutturali tra agricoltura, commercio, industria, avrebbe dovuto accogliere "accanto al regolamento dell'impresa e dell'azienda commerciale, quello dell'azienda agricola, base, essenza, strumento dell'esercizio terriero" (88).

Senza qui richiamare gli schematici suggerimenti attraverso i quali Bolla intendeva dare corpo alla suggerita disciplina dell'azienda agricola da adottare ove fosse stata accolta la sua proposta, è importante, ai nostri fini, rimarcare il conseguenziale contenuto anche "linguistico" del *medium* concettuale cui Bolla affidava la presa di distanza dalla scelta maturata nel progetto del libro V. Nel quadro pur sempre di quell'approccio "oggettivo" ai fenomeni produttivi alla base del progetto preliminare del libro V, le riserve avverso il contenuto "commercialistico" dell'impresa suggerivano a Bolla la necessità di affidare la specificità contenutistica della materia agricola alla nozione di "azienda agricola": nozione destinata appunto a contrapporsi, decisamente, per le enunciate ragioni, tanto a quella di impresa quanto a quella di azienda commerciale.

È oltremodo singolare, al riguardo, che la medesima opzione lessicale prima ancora che concettuale si rinvenga anche negli articolati suggerimenti avanzati autonomamente e, nello stesso arco di tempo, da parte della *Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura* (89). In quest'ultimo caso, peraltro, l'esigenza di segnare una distanza della materia agricola da quella commerciale è ancora più netta, posto che nelle proposte avanzate da tale Confederazione l'opzione a favore del termine *azienda agricola*, da mettere in sintonia

(88) BOLLA, *op. cit.* pag. 10 del dattiloscritto.

(89) Il riferimento è al libretto *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Del lavoro*, cit.

con quella di *attività professionale agricola*, era chiamata a convivere con quella favorevole all'introduzione di una definizione generale di *imprenditore*. Infatti, nell'ambito di una articolazione tendente a respingere la nozione di impresa a favore di una costruita sulla categoria dell'attività professionale ruotante sulla figura dell'imprenditore e tale da comprendere attività professionali intellettuali, attività autonome soggette a registrazione e attività professionale agricola, la disposizione del progetto (art. 23), originariamente destinata ad individuare l'oggetto della impresa agricola, risultava nella proposta della Confederazione volta a delineare l'oggetto dell'azienda agraria, quale "complesso degli elementi personali e reali organizzati dall'agricoltore sul fondo ai fini produttivi": di qui anche l'esigenza di andare oltre la semplice indicazione circa la natura "agricola, forestale, armentizia" dell'attività svolta sul fondo proprio o altrui. Infatti, l'art. 64 dell'articolato presentato dalla Confederazione dei lavoratori dell'agricoltura (destinato a sostituire l'art. 23 del progetto) così recitava:

È azienda agraria quella che ha per oggetto l'organizzazione produttiva di un fondo proprio o altrui diretta alla coltivazione del suolo, alla silvicoltura, allo allevamento del bestiame *od alle altre attività accessorie* [il corsivo è nostro].

A seguire, l'art. 65, suggerito in luogo dell'art. 26 del progetto preliminare, puntualizzava che:

L'attività di trasformazione e di vendita dei prodotti agricoli conserva il carattere di attività professionale agricola fino a che resta attività complementare ed accessoria dell'attività agricola.

L'aver assunto un punto di osservazione "interno" alla struttura produttiva di base, costituita appunto dalla azienda agricola, introduceva per la prima volta, sul piano della disciplina civilistica, una formula analitica in ordine all'individuazione delle attività che si realizzano nell'ambito dell'azienda agricola. La Confederazione proponente partiva dall'assunto circa l'insufficienza sia del criterio adottato nel progetto ai fini della individuazione dell'oggetto dell'impresa agricola, sia di quella stessa più puntuale elencazione suggerita, posto che "l'apicoltura, la bachicoltura, ed altre ne restano escluse, la piscicoltura — nei fossi di scolo, risaie — può essere connessa all'attività agricola; pertinente all'agricoltura in certe zone

è l'attività rivolta alla caccia" (90). Di qui la proposta di aggiungere anche le attività *accessorie* alla produzione agricola, con la conseguente correzione dell'originario art. 25: a fronte dell'inadeguatezza del concetto di autonomia, quello dell'accessorietà, peraltro già rodato dalla legislazione speciale, avrebbe offerto un criterio più preciso per fissare il limite di attrazione verso l'attività agricola di attività intrinsecamente industriali. A ben vedere, nella proposta della Confederazione, l'attività agricola era identificata esclusivamente con "quella di coltivazione della terra, di integrazione del prodotto agricolo". In particolare, l'attività di l'allevamento del bestiame era richiamata come esemplificazione delle attività accessorie e dunque posta allo stesso livello delle attività di trasformazione e di alienazione. "Solo quando l'attività di trasformazione o di alienazione dei prodotti agricoli o di allevamento di bestiame assume nel quadri aziendale una posizione prevalente in modo che appaia evidente che il fondo serve all'industria come mezzo e fine, si esorbita dai confini di una attività accessoria di produzione e si dà vita ad una attività commerciale o industriale vera e propria" (91).

La proposta correttiva avanzata da quella Confederazione rispecchiava l'irriducibile distanza tra due posizioni a loro modo radicalmente contrapposte: la prima che, in definitiva, assegnava la *forma* impresa ad un modello squisitamente commerciale, come tale radicalmente estraneo al mondo agricolo, la seconda che, a sua volta, forniva una lettura decisamente restrittiva dell'agrarità, come tale non soltanto prigioniera del solo dato fondiario, ma restia ad ogni forma di visione dinamica dei processi produttivi che potesse superare la soglia dell'esercizio dominicale.

Non deve meravigliare, allora, che la formula "vincente" a proposito della sistemazione della materia agricola dovesse intervenire solo in un orientamento incline fondamentalmente a legare in maniera indissolubile l'impresa all'imprenditore, con la conseguenza, in definitiva, di non considerare più la prima nei termini di quella complessa struttura organizzata, propria del moderno modo di produrre ricchezza, bensì di identificarla quale semplice manife-

(90) CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA, *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Del lavoro* cit., 21.

(91) CONFEDERAZIONE FASCISTA DEI LAVORATORI DELL'AGRICOLTURA *op. cit.*, 23.

stazione, sia pure “oggettivata”, di quel singolare apporto offerto dall’attività lavorativa dell’imprenditore.

È proprio in questo specifico contesto che si iscrive la proposta sostenuta da altro soggetto collettivo, in particolare dalla *Confederazione fascista degli agricoltori*, intervenuta con proprie osservazioni sul progetto preliminare del libro V ⁽⁹²⁾. A suo parere, era pur sempre *l’impresa* a dover rimanere alla base del nuovo sistema. Ma quella conclusione era lungi dal riflettere una resa ovvero un’adesione convinta alla prospettiva fatta propria originariamente dal progetto preliminare. Nella prospettiva assunta da tale Confederazione, quella soluzione si collocava all’interno di un processo che aveva esaurito il suo tragitto per cui risultava ormai acquisita la totale uniformità semantica dei due termini del binomio imprenditore-impresa: uniformità semantica che, proprio in quanto assicurava, senza scarti, la concreta possibilità, nello stesso discorso giuridico, di un passaggio dall’uno all’altro, rispecchiava appunto l’ormai metabolizzata neutralizzazione di quell’originario pregnante significato che nella cultura commercialistica era legata al termine impresa.

Nel prospettare le sue proposte, infatti, la Confederazione fascista degli agricoltori, ribadiva innanzitutto l’irrinunciabilità all’*impresa* quale strumento nuovo su cui riproporre la distinzione tra materia agricola e materia commerciale, così prendendo una posizione critica nei confronti di orientamenti oltremodo cauti e guardinghi rispetto a quella svolta. A suo dire, infatti, “se è vero che in agricoltura ha un rilievo tutto speciale ed essenziale l’elemento oggettivo e materiale, rappresentato dalla terra, tuttavia la gestione di questa si realizza in ogni caso attraverso *l’impresa*”. Senza alcuna soluzione di continuità, l’argomentare della Confederazione, che preannunciava le sue proposte correttive del progetto, così proseguiva: È pur sempre *l’imprenditore* — anche *l’imprenditore agricolo* — che rendendo vivi ed operanti gli elementi della produzione, realizza quella organizzazione di essi, che dà luogo all’impresa” [il corsivo è nostro] ⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ CONFEDERAZIONE FASCISTA DEGLI AGRICOLTORI, *Osservazioni sul progetto ministeriale del codice civile Dell’impresa e del lavoro*, Roma 1941.

⁽⁹³⁾ CONFEDERAZIONE FASCISTA DEGLI AGRICOLTORI, *Osservazioni sul progetto ministeriale del codice civile Dell’impresa e del lavoro* cit., 12-13.

Il rifiuto, in definitiva, di differenze anche solo semantiche cui affidare la distinzione tra materia agricola e materia commerciale, avanzata da altri soggetti nel timore di un possibile “travisamento” dei connotati propri dell’agricoltura, risultata netto quanto puntuale ⁽⁹⁴⁾. “Sicché anche in agricoltura restano figure distinte l’azienda e l’impresa, quella significando il complesso oggettivo dei beni e dei rapporti che costituiscono l’elemento materiale dell’impresa, questa esprimendo invece l’aspetto vivo e dinamico del fenomeno produttivo che, nell’organizzazione di quegli elementi, si realizza per l’opera dell’imprenditore” ⁽⁹⁵⁾. Nel quadro di questa preventiva chiarificazione concettuale, in cui il puro richiamo ad un mero dato ideologico cedeva progressivamente il campo ad una costruzione “giuridica” che la successiva letteratura avrebbe poi sviluppato, spettò alla Confederazione fascista degli agricoltori dettare, in definitiva, il testo di quello che diventerà il successivo art. 2135 c.c.

Infatti, nella proposta della Confederazione, si suggerì di sostituire all’art. 23 del progetto preliminare, la seguente formula: “È *impresa agricola quella che ha per oggetto l’esercizio di una attività diretta alla coltivazione del suolo, alla silvicoltura, allo allevamento del bestiame, e delle attività ad esse connesse*”.

All’infuori della successiva sostituzione del termine impresa con quello di imprenditore, conseguente alla maturata determinazione di spostare definitivamente l’accento sul profilo soggettivo, la proposta della Confederazione conteneva fondamentalmente il testo del comma 1° del futuro art. 2135 c.c. In realtà, il contributo della Confederazione fascista degli agricoltori alla stesura dell’art. 2135 non si limitò al solo comma 1°. Nelle sue proposte, la Confederazione prese in esame anche la disposizione, contenuta nell’art. 25 del

⁽⁹⁴⁾ L’orientamento espresso da tale Confederazione rispecchiò una scelta consapevole indirizzata proprio a reagire alla diversa prospettazione avanzata dalla Confederazione fascista dei lavoratori agricoli. Secondo l’avv. Colucci, capo dell’ufficio Studi Legislativi, in CONF. FASCISTA DEGLI AGRICOLTORI, *Studi giuridici*, vol. III, Roma 1941-1942, 12 (in cui sono raccolti tutti i contributi forniti da tale confederazione in occasione della codificazione), “Fu necessario reagire contro la tendenza, affiorata in sede di discussione, di confondere, per il settore agrario, il concetto di *impresa* con quello di *azienda*”.

⁽⁹⁵⁾ CONFEDERAZIONE FASCISTA DEGLI AGRICOLTORI, *Osservazioni sul progetto ministeriale del codice civile Dell’impresa e del lavoro* cit.

progetto preliminare, che nel rispetto della tradizione mirava a segnare il limite tra agrarietà e commercialità a proposito delle attività accessorie o connesse. Anche a tale riguardo, quella Confederazione doveva fornire un contributo prezioso.

In primo luogo, la stessa proposta di trasformare l'art. 25 del progetto, in un art. 23 *bis*, pose in definitiva le basi dell'accorpamento tra le due disposizioni, che, appunto, venne poi realizzato nel testo finale dell'art. 2135 c.c.. Quanto al contenuto di quello che sarebbe poi diventato il comma 2° dell'art. 2135, anche la Confederazione fascista degli agricoltori ebbe a manifestare motivate riserve circa l'adeguatezza del criterio dell'autonomia, quale sufficiente criterio cui affidare la soluzione del problema circa l'attrazione nell'ambito dell'agrarietà di altre attività poste in essere dall'imprenditore agricolo. A fronte del fatto che l'*autonomia* poteva prestarsi a due interpretazioni differenti, l'una riferita alla provenienza dei prodotti oggetto di trasformazione e di alienazione, l'altra incentrata sulla gestione amministrativa dell'attività diversa da quella principale agricola, la Confederazione ritenne opportuno fare riferimento, in funzione integrativa, alla *normalità* di esercizio dell'industria agricola, suggerendo per l'art. 23 *bis* la formula secondo la quale: "*Le attività di trasformazione e di alienazione dei prodotti agricoli sono agrarie quando rientrano nell'esercizio normale dell'industria agricola anche se gestite in forma autonoma*" ⁽⁹⁶⁾.

Anche a questo riguardo, il processo di decantazione della disposizione stava per concludersi. Nel volgere di poche settimane, sarebbe spettato al definitivo testo dell'art. 2135 ereditare il risultato di quel lavoro.

7. *L'impresa agricola tra vincitori e vinti ovvero dell'eterogenesi dei fini.*

A voler trarre un primo bilancio della vicenda sin qui illustrata, ponendosi in una dimensione temporale a ridosso degli avvenimenti che dal gennaio al maggio del 1941 portarono all'elaborazione del

⁽⁹⁶⁾ A ben vedere la formula suggerita aveva molte ascendenze, non ultima, sia pure in termini rovesciati, la proposta correttiva al progetto preliminare del codice di commercio avanzata da D'AMELIO, *supra* nt. 36.

nuovo libro “Del lavoro”, attraverso mutamenti di non lieve entità apportati all’impianto originario del progetto preliminare, è indubbio che dovettero registrare una sconfitta le posizioni più estremistiche emerse nel dibattito giuridico e politico ruotante, in definitiva, sulla distinzione tra materia agricola e materia commerciale.

Una prima posizione, come si è visto, elevava a rigoroso principio-guida della disciplina la sola nozione di impresa, da identificarsi con la tipica “struttura forte” emersa nel processo di industrializzazione della società. Su questa premessa, si suggeriva da un lato di espungere dal quadro dell’impresa tutti i fenomeni economici che non presentassero i precisi connotati propri di quella, dall’altro di non assecondare particolarismi legislativi, fonte di possibili privilegi, in presenza di situazioni in cui, indipendentemente dal contenuto dell’attività economica esercitata, quest’ultima si fosse presentata in forma di impresa. Secondo questo orientamento, si riteneva dovesse essere superata la ricevuta distinzione tra materia agricola e materia commerciale, a favore di una nuova distinzione fondata sulla ricorrenza o non dell’impresa, a prescindere, in definitiva, dall’oggetto stesso dell’attività. In conclusione, all’attività agricola che fosse fuori dalla forma organizzativa dell’impresa avrebbero dovuto applicarsi solo le regole dettate per l’esercizio del diritto dominicale; viceversa, quella che avesse assunto la forma dell’impresa inevitabilmente sarebbe stata da ricondurre nell’area della commercialità, ossia di quel diritto speciale destinato a regolare tutte le moderne strutture produttive.

Un’altra posizione, viceversa, parimenti rigida nelle impostazioni di partenza, a sua volta radicalizzava, per una scelta anche qui non solo culturale ma anche politica, la distinzione tra materia agricola e materia commerciale, sino al punto da negare che alla prima potessero trovare applicazione le categorie ordinanti della seconda, ma senza per questo voler restare prigioniera della prospettiva statica, propria della tradizionale logica proprietaria.

A ben vedere, entrambe queste impostazioni, espressioni di atteggiamenti radicali di segno opposto, condividevano il medesimo atteggiamento metodologico favorevole a che le categorie da introdurre nella nuova legislazione fossero tali da registrare la “natura della cose”, ossia da assecondare i dati della concreta realtà materiale. La divaricazione rifletteva, al fondo, una netta differenza di

opzioni politiche e culturali intorno alle vicende dell'industrializzazione della società italiana e dunque del passaggio da una società agricola ad una società industriale. Infatti, se la prima impostazione, puntando sull'impresa, intendeva affidarsi unicamente alla forza ordinante della "modernità" ed alla sua inesorabile espansione su tutti i settori economici, l'altra assegnava all'agricoltura territoriale un'originaria intrinseca dinamica, scandita da propri interni ritmi, come tale da mantenere al riparo da processi in grado di condurre ad un autentico snaturamento.

In questa prospettiva, proprio per via delle loro profonde radici politico culturali, non deve sorprendere che entrambe le impostazioni, uscite sconfitte sul piano del diritto scritto adottato dal codice del 1942, abbiano continuato a segnare il dibattito scientifico nei decenni successivi, pur a costo di prestare il fianco a fondate riserve sul terreno del metodo: l'una, nel continuare a negare la natura tecnica di impresa alla impresa agricola ⁽⁹⁷⁾, a fronte della formale scelta accolta dal codice, l'altra, nel riproporre, sia pure all'ombra della indubbia qualificazione codicistica, la persistente *centralità del fondo rustico* sino al punto da suggerire l'identificazione di quest'ultimo con l'azienda ⁽⁹⁸⁾.

La soluzione effettivamente accolta nel codice nacque da una singolare congiuntura per via della quale la determinazione, maturata già in sede di riforma del codice di commercio, di puntare sulla novità rappresentata dall'*impresa*, finì con il legarsi all'esigenza, anche politica, di individuare un'unitaria categoria ordinante dei fenomeni produttivi orientati al mercato da sistemare in un unico

⁽⁹⁷⁾ È questa la posizione tenacemente difesa da G. FERRI e formalizzata in maniera compiuta nella famosa relazione, *L'impresa agraria è impresa in senso tecnico?* in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, Milano 1954, 394 ss.: tale tesi, nata, come si è visto, sul piano del dibattito emerso nel corso stesso dei lavori della codificazione, sopravvisse alla stessa, traducendosi in un approccio ermeneutico al diritto codificato che, per la verità, è rimasto minoritario nell'ambito della riflessione commercialistica.

⁽⁹⁸⁾ È singolare, al riguardo, l'indubbia resistenza nel tempo che ha avuto la tesi favorevole, in definitiva, ad identificare con il fondo l'azienda in senso tecnico tipica dell'impresa agricola: tesi, a tacer d'altro, inaccettabile nella sua rigidità, in quanto orientata, sia pure in forma inconsapevole, a cristallizzare la struttura produttiva presente in agricoltura a quel livello minimale in cui la formula "impresa" diventa del tutto evanescente.

codice, in funzione di quella opzione ideologico-politica incline quanto meno a proclamare la “responsabilità” nei confronti dello Stato di tutti gli operatori economici, e, al contempo, a porre la sordina ai conflitti sociali con i lavoratori che inevitabilmente lo sviluppo industriale contribuiva a far emergere all’interno delle strutture produttive.

La dottrina che più rigorosamente aveva premuto a che la riforma del diritto commerciale fosse coerente sino in fondo nel puntare sulla nozione forte di *impresa* non ebbe difficoltà a denunciare, sia pure con qualche anno di ritardo rispetto alla chiusura dei lavori della codificazione, il tasso di artificiosità del corpo disciplinare contenuto nel nuovo libro V e dunque la presenza di “un netto contrasto tra lo schema e il contenuto del libro” ⁽⁹⁹⁾ per via del quale “lo schema è quasi perfetto: potrebbe essere puntualmente copiato in un trattato istituzionale, ma il contenuto non corrisponde allo schema” ⁽¹⁰⁰⁾. La denunciata artificiosità sul piano concettuale rinveniva il suo punto più evidente proprio con specifico riguardo all’impresa. “La stessa nozione d’impresa è nell’accezione del codice un puro artificio costruttivo” ⁽¹⁰¹⁾ posto che “l’impresa — quando il termine non sia usato in senso improprio e traslato di imprenditore o di azienda — non ha nel codice altro significato che quello di attività professionale dell’imprenditore”. Alla più avvertita dottrina commercialistica non sfuggiva, in definitiva, che nella costruzione del codice aveva finito con l’imporsi l’accezione più lata che al termine impresa si potesse fornire, secondo quella alternativa lucidamente segnalata da Mossa: accezione, agevolata in misura significativa dall’ulteriore passaggio dal profilo oggettivo a quello soggettivo. “L’art. 2082 cod. civ., nel porre la nozione di imprenditore, ha più propriamente riguardo all’attività organizzata; ma un principio di organizzazione sussiste nello svolgimento di una qualsiasi attività e nella legge la organizzazione può essere così elementare da ritenersi esistente anche nel commercio ambulante, il cui esercizio rientra, attraverso la nozione del piccolo commerciante e del piccolo

⁽⁹⁹⁾ G. FERRI, *Revisione di codice civile e autonomia del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.* 1945, I, 96 ss., in part. 99.

⁽¹⁰⁰⁾ G. FERRI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁰¹⁾ G. FERRI, *op. loc. cit.*

imprenditore, nella nozione di impresa” (102). Su questa premessa di ordine generale poteva radicarsi l'altra considerazione critica circa l'artificiosità della stessa nozione di impresa agricola, in quanto vuota fundamentalmente di qualsiasi contenuto disciplinare (103) e, dunque, quale manifestazione di una pura simmetria costruttiva, come tale rispondente anch'essa ad “esigenze dell'arte più che [ad] esigenze di vita” (104).

Considerazioni non dissimili, sia pure con una valutazione finale diversa, erano state già state prospettate “a caldo”, anche da un acuto civilista, peraltro studioso del diritto agrario, che aveva preso posizione sul libro V del codice civile subito dopo la sua approvazione. Anche a parere di Funaioli (105), nel codice emergeva una netta distinzione dell'impresa agricola da quella commerciale, innanzitutto nel senso che a causa della carenza di uno statuto disciplinare destinato ad applicarsi all'impresa agricola, essa appariva discostarsi da quella commerciale tanto “da avvicinarsi sensibilmente alla figura generica della “piccola impresa” che il nuovo codice contempla” (106). Nella riflessione di Funaioli, questa considerazione non si spingeva sino a negare la ragion d'essere della categoria, ma finiva con il porre in evidenza, senza enunciarlo, il primo fondamentale precipitato politico dell'assetto posto in essere dal codice. Invero, per via della mancanza di una distinzione all'interno stesso dell'impresa agricola che rispettasse il criterio delle dimensioni, “la vera impresa agraria degrada, nella disciplina giuridica, al ruolo di una entità che vera impresa non è” (107). Più precisamente, una volta verificata in maniera puntuale la carenza di uno statuto significativo in grado di dare all'impresa agraria una propria posizione giuridica, Funaioli era portato ad interrogarsi sulla ragion d'essere stessa del capo relativo all'impresa agricola nel codice e, dunque, a chiedersi se avesse avuto senso in definitiva rinunciare all'assetto preesistente all'unificazione dei codici. Il giurista pisano ritenne di dover rispon-

(102) G. FERRI, *op. cit.*, 100.

(103) G. FERRI, *op. loc. cit.*

(104) G. FERRI, *op. cit.*, 98.

(105) FUNAIOLI, *L'impresa agraria nel libro del lavoro*, in *Arch. studi corporativi* 1942, 71 ss.

(106) FUNAIOLI, *op. cit.*, 74.

(107) FUNAIOLI, *op. loc. cit.*

dere positivamente a quell'interrogativo e tuttavia non poté non ammettere, nella sua onestà intellettuale, che l'inclusione dell'impresa agraria nel titolo I del libro del lavoro appariva rispondere ad una esigenza meramente sistematica, ad una ragione del tutto formale, soprattutto per via del fatto "che la vera impresa agraria non riceve considerazione diversa dalla piccola impresa agraria, avendo entrambe, in sé, la stessa disciplina; che l'una e l'altra hanno conservato inalterata la loro semplice essenza originaria, salvo le norme sociali e corporative sopraggiunte; che restano così nettamente distinte dalla impresa commerciale" (108). In altre parole, tutte le strutture produttive agricole, indipendentemente dalle loro dimensioni e, in definitiva, dal grado di sviluppo in senso imprenditoriale, erano destinatarie di una disciplina caratterizzata essenzialmente in negativo, ossia in termini di sottrazione all'applicazione dello statuto dettato per la impresa commerciale.

In definitiva, al di là dei mutamenti per quanto significativi intervenuti nel lessico giuridico e nell'architettura complessiva del codice, all'ombra di un'unitaria organizzazione della disciplina ruotante sull'impresa, materia agricola e materia commerciale di fatto erano sopravvissute sul piano della sostanziale diversità disciplinare, proprio come Asquini aveva da sempre dichiarato che dovesse essere e come del resto emergeva nitidamente nel progetto preliminare del codice di commercio del 1940 da lui predisposto. Anche allora, come si è visto, l'applicazione all'agricoltura del concetto di impresa, senza che fossero turbati gli equilibri sociali sottesi a quella ribadita distinzione dal punto di vista del trattamento privatistico, in tanto poteva aversi, in quanto il termine fosse stato caricato di ambiguità, nel segno di una indubbia polisemia in grado di ospitare un arcipelago di significati (109) Come dire, dunque, che se un vincitore è da individuarsi nella complessa vicenda del libro V questi è certamente il prof. Asquini. Il cuore della "commercialità" era stato traghettato senza cedimenti nel nuovo codice, anzi appariva rafforzato; l'agricoltura restava fuori dalla cittadella della commercialità e, pur

(108) FUNAIOLI, *op. cit.*, 76.

(109) In questa direzione, del resto, il primo lucidissimo contributo a codificazione compiuta venne offerto dallo stesso ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, 3 ss.

tuttavia, era messa in contatto e, dunque, chiamata confrontarsi con quel nuovo strumento concettuale, l'impresa, che avrebbe dovuto segnare nel futuro il processo inevitabile della sua industrializzazione e modernizzazione.

Nel conflitto tra due contrapposti approcci alla modernizzazione dell'agricoltura, secondo che si fosse imposto quello che puntava con rigore all'attrazione piena ed immediata alla sfera della commercialità delle strutture produttive agricole costruite secondo la *forma* dell'impresa ovvero quello che intendeva viceversa rispettare i ritmi produttivi scanditi dalle *res frugiferae*, segnandone la diversità ontologica dalla moderna *macchina* produttiva, finì con l'affermarsi una terza via. La soluzione accolta, in cui protezione e sviluppo dell'agricoltura si saldavano nel segno di un processo aperto, maturò appunto sul terreno ambiguo del termine impresa, quale nuovo *medium* cui affidare compiti che il linguaggio giuridico tradizionale non era in grado di assolvere.

Per ragioni del tutto contingenti di ordine politico, si finì, dunque, nel volgere di pochi mesi, con il plasmare uno strumento che, grazie anche al suo dialettico legame con il profilo soggettivo rappresentato dall'imprenditore, non poteva non risultare ambiguo nel suo contenuto, ma proprio per questo oltremodo duttile e destinato a reggere nel tempo. L'applicabilità del binomio imprenditore-impresa su un ampio e variegato registro tematico, in grado di abbracciare fenomeni economici diversi, aveva indubbiamente segnato la fortuna di tale formula nella costruzione finale del codice: in particolare, proprio per quell'indubbia varietà di significati e di ipotesi ricostruttive cui il termine impresa si prestava, ancor più faceva apparire lo stesso, al di là della sua relativa *novità* linguistica, pienamente rispondente alle attese soprattutto dell'ideologia politica corporativa, in quanto capace di fornire un adeguato modello architettonico in grado di abbracciare tutti i produttori dal capo dell'impresa di grandi dimensioni sino al più piccolo dei piccoli imprenditori nonché tutti i lavoratori.

In realtà, per poco che si allontani lo sguardo dall'immediatezza degli avvenimenti che dovevano condurre in forma convulsa all'unificazione dei codici e alla costruzione del libro V, e si leggano quegli eventi alla luce della storia, è difficile negare che l'avventura dell'*impresa* nel codice del 1942 si sia svolta all'insegna dell'eterogenesi dei

fini. Capovolgendo il giudizio di Ferri, la soluzione accolta nel codice e che nel 1945 appariva agli occhi di quell'autorevole studioso rispondere ad una mera "esigenza dell'arte" ⁽¹¹⁰⁾, nel profondo doveva risultare appropriata alle "esigenze della vita" della società italiana: di qui, la stessa longevità dell'intero codice e, in particolare, la conservazione anche di quel libro V che più appariva risentire del regime corporativo e per il quale più urgente emergeva l'esigenza della revisione se non addirittura della soppressione all'indomani della caduta del regime fascista ⁽¹¹¹⁾.

L'ambiguità concettuale del termine impresa, lungi dal rivelarsi semplicemente funzionale ad una rappresentazione unitaria e siste-

⁽¹¹⁰⁾ G. FERRI, *op. cit.* il quale, al fine anche di segnalare la via da percorrere circa la necessaria revisione del libro V in luogo della integrale soppressione, così riassumeva il suo giudizio critico su quel libro del nuovo codice civile (pag. 102) "Il libro del lavoro fu costruito a tavolino e preoccupazione essenziale della commissione fu quella di ricercarne lo schema più appropriato. Non si adattò lo schema alla realtà legislativa, ma si piegarono le norme alle esigenze dello schema. Chi abbia un pò di pazienza, può seguire attraverso i successivi progetti — diversi tra loro soprattutto per la diversa sistemazione della materia — i successivi sviluppi di questo processo di adattamento; può cogliere la successiva deviazione della disciplina inizialmente dettata, può rilevare le progressive deformazioni della realtà giuridica".

⁽¹¹¹⁾ Sul punto, anche per comprendere l'asprezza delle polemiche intervenute subito dopola caduta del regime, si v. la diversità degli accenti con cui lo stesso Ferri intervenne tra il 1945 ed il 1946: FERRI, *Revisione del codice civile e autonomia del diritto commerciale* cit., Id., *Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli*, cit.

A ben vedere, quello della conservazione o soppressione del codice civile è un tema che meriterebbe una autonoma ricerca storica, pur nella scarsità delle fonti. È interessante qui limitarsi a richiamare quanto nell'immediatezza degli eventi che portano alla caduta del duce e, dunque, nell'aprirsi di una fase di grave incertezza che coinvolgeva anche la recente codificazione, ebbe a scrivere Santoro Passarelli in una cartolina indirizzata ad Azzariti, ministro di Grazia e giustizia nel nuovo governo seguito agli eventi del 25 luglio 1943. In una lettera inviata ad Azzariti da Venezia il 31 agosto 1943, in *ACS Ministero di Grazia e Giustizia Gabinetto*, Francesco Santoro Passarelli prendeva posizione sulla voci favorevoli alla soppressione del codice e sosteneva che il codice civile "riassumendo i risultati di un settantennio di onesto e proficuo lavoro della dottrina italiana e non essendo espressione di un'ideologia politica, abbisogna soltanto di pochi e agevoli emendamenti.... Se il programma è quello di una limitata revisione, oso esprimerle l'avviso che sia sommatamente opportuno operare la revisione al più presto, per evitare che si faccia strada l'idea di radicali riforme in questo momento, quando il cambiamento del codice è così recente e i tempi sono ancora ben lontani dall'essere maturi per una rinnovazione del diritto civile".

matica di realtà eterogenee per ragioni di contingenza politica e di esteriore architettura, si è dimostrata determinante nell'assecondare, senza accelerazioni pericolose e, però, anche senza aprioristiche chiusure, la modernizzazione dei settori economici più deboli, in primo luogo dell'agricoltura italiana. Con i suoi indubbi margini di protezionismo e di sacrifici nella tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo dei lavoratori dipendenti, il libro V nel suo complesso, ivi compresa in particolare la sistemazione della impresa agricola, ha delienato per la nostra esperienza il diritto della transizione in vista dell'avvento di una compiuta società industriale: diritto indubbiamente "unilaterale" in alcune sue scelte di fondo, ma, al tempo stesso, certamente orientato non a fotografare un universo sociale all'insegna dell'immobilismo, ma ad assecondarne i processi dinamici. La "forma" impresa agricola, all'origine interpretata come una semplice crisalide, un guscio vuoto utilizzato per nascondere una realtà premoderna, doveva rivelarsi un prezioso stampo entro cui far lievitare e conformare processi reali di sviluppo. Sarebbe toccato al tempo, ed ormai più di mezzo secolo è passato, ad "inverare" definitivamente l'impresa agricola e ad esigere l'introduzione di un effettivo statuto disciplinare.

THOMAS KUEHN

CONCEPTIONS (AMBIGUITIES) OF PROPERTY
IN EARLY RENAISSANCE FLORENCE

Toward the end of the fourteenth century a Florentine *rigattiere* (used clothing dealer) named Andrea Spinelli had *quandam intraturam seu ius intrature* to a space in the Mercato Vecchio, where he practiced his trade. On his death, by testament, he left this *intratura* to Giorgio Aldobrandini, a *campstor* (modest local deposit and loan banker). Probably having no use for the space as a member of a different occupation, Aldobrandini moved to capitalize his new asset by selling it to a *rigattiere*, Angelo di Lorenzo, for 200 florins. As part of Angelo's holdings, the *intratura* then fell subject to the terms of an arbitration between him and Pietro di maestro Jacopo da Prato (represented by Giovanni di Christoforo de Ciprione), for by terms of the agreement to enter arbitration (*compromissum*) Angelo bound all his goods for observance of the ensuing settlement. The arbitrators subsequently determined that Angelo owed Pietro 300 florins. Pietro and his legal representative (*procurator*) sought the *intratura* as partial compensation in line with this judgment. However, in the period between the agreement to seek arbitration and the actual sentence (sometime in early 1403), Angelo, perhaps in awareness that he would lose the decision, sold the *intratura* to Giuliano d'Antonio, another *rigattiere*, for 150 florins, thus sustaining a nominal 50-florin loss between purchase price and sale price. That loss may just indicate his haste and weak position as seller, but it may also reflect a sense on the part of the Giuliano as purchaser that there were potential legal difficulties ahead ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ As Angelo also needed to associate in the sale the services of two *fideiussores* (ser Niccolò di ser Verdiano and his brother Lucchesino).

According to Florence Edler, *entratura* (to use the vernacular) was “the right (of an artisan or merchant) to remain (in the shop he has rented even though the landlord wishes to let the shop to someone else. This right could be purchased from the old tenant by a new one)” (2). Certainly, in the case before us, this particular *intratura* proved immensely alienable — once by testament and twice by sale. As something thus capable of monetary equivalence, it would seem — to our eyes at least — that the *intratura* was fungible for the purposes of meeting the obligation spelled out in the arbitration’s settlement (and thus analogous to *dominium utile* on feudal properties).

When Pietro sought this *intratura*, however, Giuliano countered that Pietro had no claim to it “because this right of *intratura* cannot properly be called a right (*ius*) but rather a faculty (*facultas*) of forbidding another from entering the shop without permission of him who has *intratura*” (3). As it was not a *ius*, it was not something that could fall subject to the arbitration settlement (*laudum*) under which Pietro claimed it, for Angelo had made all his *bona* and *iura* liable for the settlement, but not mere *facultates* (4). In sum, the legal argument for Giuliano was that the *intratura* was not something that could be owned, or, if it was a *ius*, it was *personale et incorporale* and was not subject to an arbitration of *bona*. On the other hand, this *facultas* had a material dimension, as Giuliano was in possession of the shop and the essential legal issue was whether he should be expelled from it in favor of Pietro (5).

(2) FLORENCE EDLER, *Glossary of Medieval Terms of Business: Italian Series 1200-1600* (Cambridge, Mass.: Mediaeval Academy of America, 1934; reprint ed., New York: Kraus, 1970), 112.

(3) The source for this essay is the series of *consilia* found in BNF, Magliabechiano xxix, fols. 17r-31v, which will hereafter be referred to simply as *Consilia*. The quotation occurs in the presentation of the facts of the case, *punctus*, fols. 17r-v: “quia istud ius intrature non potest proprie dici ius ymmo potius facultas prohibendi ne alius intret in apoteca sine licentia eius qui habet intraturam et sic non venit in obligatione bonorum”.

(4) On arbitrations in Florence, see my *Law, Family, and Women: Toward a Legal Anthropology of Renaissance Italy* (Chicago: University of Chicago Press, 1991), chap. 1.

(5) Giovanni da Chavetulo’s *consilium* began with the observation that the case was about whether “sit aliquod ius quesitum contra Julianum rigaterium presentialiter detinentem apotecham predictam, ad ipsum expellendum de apotecha predicta” (*Consilium*, fol. 19r).

Giuliano's argument could seem pretty shaky, coming (as it did) from one who had purchased this *intratura*. Sale certainly seemed to make it a *ius* that could be given a monetary value and transferred. Unsurprisingly that was the thrust of Pietro's counterargument. The *intratura* was a *ius*, alienable and obligable, as it had been alienated by both inheritance and sale, "just as by a long observed custom goes on everyday, because we see that very frequently such rights are alienated by contracts and by last wills and transfer to an heir" (6). It was on this issue that a suit was joined. Was the *intratura* a *ius*? Was it thus an alienable and obligable form of property? Or was it a personal privilege and prerogative?

Why should we care about this case? Why is it worth investigating? For one thing, as I trust we will see shortly, it engaged a phalanx of legal talent—five jurists (six if we count a related opinion cited extensively). That would seem to indicate that the case had importance in its day. The expenditure of so much legal effort, moreover, was indicative not of the value of the *intratura* but of the quality of the legal issues at stake. This was a crucial period of the development of law, especially in Florence. One of the jurists who signed the *consilia* in this case dated his signature 6 August 1403 (7). This date places the case only three years after the death of Baldo degli Ubaldi (1323-1400), an imposing and authoritative jurisprudent of enormous range and erudition who had reworked the equally or even more imposing legacy of the great Bartolo da Sassoferrato (1313-1357) (8). Their work would be cited by the

(6) *Consilia*, fol. 17v: "saltim de consuetudine iam diu observata hoc incohanter procedit quia videmus quod frequentissime huiusmodi iura et per contractus et ultimas voluntates alienantur et in heredem transeunt".

(7) This was Antonio da Romena: cf. *Consilia*, fol. 21r.

(8) Cf. J. L. VAN DE KAMP, *Bartolus de Saxoferrato, 1313-1357: Leven, werken, invloed, beteekenis* (Amsterdam: H. J. Paris, 1936); C.N. SIDNEY WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 1913). A recent insightful treatment of one of his works is OSVALDO CAVALLAR, SUSAN DEGENRING, and JULIUS KIRSHNER, *A Grammar of Signs: Bartolus of Sassoferrato's Tract on Insignia and Coats of Arms* (Berkeley: Robbins Collections, 1994). On Baldo, see Joseph Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987) and the anniversary anthology inspired by VINCENZO COLLI in *Ius Commune* 27 (2000), edited by Dieter Simon and Michael Stolleis. Note also Colli's "*Consilia* dei giuristi medievali e produzione libraria",

jurists who handled the case of this *intratura*. There was, in other words, an important body of legal thought (not all of it concordant), geared to living legal institutions and practices, even when critical of them, that awaited assimilation and adaptation to local practices, customs, and conditions — like the custom of alienating *intrature*. Assimilation of all these ideas would — along with the growth of the Florentine territorial state — soon impel significant statute revisions in a failed version of 1409 and a successful one of 1415, both commissioned from practicing jurists ⁽⁹⁾.

And one area of law where adaptation of academic and other ideas into practice was of great moment was the area of property — the area into which our case falls. Numerous works of Paolo Grossi have alerted us to the character of medieval property law in comparison to that of ancient Rome. Now we also have the excellent two-volume study of Giovanni Rossi on the law of usufruct, which directs our attention to the early fifteenth century as an era of assimilation of academic positions into statute books, notarial texts, and, of course, judicial processes ⁽¹⁰⁾. Rossi adamantly and correctly

in *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, ed. Mario Ascheri, Ingrid Baumgärtner, and Julius Kirshner (Berkeley: The Robbins Collection, 1999, 173-225; and KENNETH PENNINGTON, *The Prince and the Law: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition* (Berkeley: University of California Press, 1993).

⁽⁹⁾ On the need for statute revision, see GIORGIO CHITTOLINI, *La formazione dello stato regionale e le istituzioni del contado: Secoli xiv e xv* (Turin: Einaudi, 1979); GIORGIO CHITTOLINI and DIETMAR WILLOWEIT, eds, *Statuti città territori in Italia e Germania tra medioevo ed età moderna*, *Annali dell'Istituto Storico Italo-Germanico*, Quaderno 30 (Bologna 1991); LAURO MARTINES, *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence* (Princeton: Princeton University Press, 1968), 184-87; and generally the essays in GIORGIO CHITTOLINI, ANTHONY MOLHO, and PIERANGELO SCHIERA, eds, *Origini dello Stato: Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* (Bologna: Il Mulino, 1994), the leading ones of which are available in English translation in JULIUS KIRSHNER, ed., *The Origins of the State in Italy, 1300-1600* (Chicago: University of Chicago Press, 1995).

⁽¹⁰⁾ Grossi's important books are "*Locatio ad longum tempus*": *Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (Naples: Morano, 1963) and *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* (Padua: CEDAM, 1968), while his numerous relevant papers have been gathered in *Il dominio e le cose: Percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Milan: Giuffrè, 1992). There is also a succinct presentation of his views of property law in *L'Ordine giuridico medievale* (Bari: Laterza, 1995), 72-74, 190-95.

GIOVANNI ROSSI, "*Duplex Est Ususfructus*": *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel*

denounces any sense that the fifteenth century was a period of decadence or crisis for the academic law. Practice became more prominent in shaping jurists' activities and thoughts; *communes opiniones* were worked out. A certain "macroscopica sterilità" and slavish repetition, in profusion, of authorities may mark even the best of legal minds at the end of the century, but at the period we pick up the complex issue of property there was much that was creative, and also consequently confusing ⁽¹¹⁾.

Grossi's position, extended by Rossi, is that medieval property law was conditioned by the "facts" of use, enjoyment, and possession. The result was the elaboration of multiple simultaneous forms of ownership over a single property (*dominium directum* and *dominium utile*), especially when such "real situations" endured over a long period. In the late Middle Ages forms of voluntarism worked out in Franciscan thought and later in Renaissance humanism began to erode the medieval multilayered ownership and mark a return toward a singular, all-encompassing subjective right of "use and abuse" that came to mark modern property in a capitalistic society. Not all forms of use, of course, rose to the level of ownership; although there were other sorts of rights that gave rise to legal actions, like usufruct, which again furnished a situation in which ownership and enjoyment of property were separate. Care had to be taken that these rights did not become the basis for loss of ownership over time. At the very least confusions between use or possession and title could provoke claims, counterclaims, and resulting lawsuits. *Intratura* was one such right of use in that the renter could refuse to allow the owner to rent the shop to someone else, although the renter pretended to no form of ownership (no *dominium utile*) himself. Certainly, in the lawsuit between Pietro and Giuliano the *intratura* was equated with usufruct, and the crux of the matter was that they were contesting over something less than and other than ownership, although we are looking here at competing rather than overlapping claims.

diritto comune, 2 vols. (Milan: CEDAM, 1996). Note especially his remarks 2:94 on the fifteenth century. My own sense of the matter developed from my first excursion into property law in Florence. Cf. *Law, Family, and Women*, chap. 3.

⁽¹¹⁾ Cf. Rossi, 2: 145-47, 151, 161, 168-69, 221-22.

What exactly they were competing about arose from a statute of the Arte de' Rigattieri. The statute said that no one could take a shop or "station" rented to another *sine licentia primi conductoris* or face a penalty of 100 lire and loss of the shop (if the violator was not a member of the guild he was forever banned from joining it). There was a five-year limit on the first renter's pressing claims under this guild regulation. In the context of our early fifteenth century case this statute raises two issues. One is that it was a relatively recent piece of legislation in the history of regulations of the Arte de' Rigattieri, appearing for the first time in 1340, and then in a much wordier fashion than the brief version reproduced in the case papers. No one could claim a shop unless the previous holder gave it up (*refutasset*), either by public instrument and in the presence of the guild consuls, or by declining to pay the accustomed rent when the owner (*dominus*) demanded it ⁽¹²⁾. The shop, in some real, if not entirely legal, sense was the property of the guild because it regulated its use ⁽¹³⁾. The guild member was not posed as the owner of the shop. And the guild consuls and the board of sixteen *mercatores* could refuse to approve a *refutatio*, while the original holder also had five years to back out.

The other matter is that the statute did not use the term *intratura*. The shop or space in the Mercato Vecchio was something in which one "stood". It was taken or rented (*tollere, conducere*). Guild statutes used the term *intratura* to indicate enrollment in the guild ("quidquid ipsi arti solvere teneretur occasione intrature artis predictae") ⁽¹⁴⁾. In 1340 *intratura* was also invoked as a fee for readmission to the guild from anyone who had fled from his

⁽¹²⁾ *Statuti dell'Arte dei Rigattieri e Linaioli di Firenze (1296-1340)*, ed. Ferdinando Sartini (Florence: LeMonnier, 1940), 238-41. The procedure involved the consuls and the drawing of sixteen members, both bodies needing to approve the *refutatio* for it to be valid. The statute also addressed the problem of *hospes* using the shops and of fictitious sales.

⁽¹³⁾ In a similar manner rooms rented for the purpose of housing university students were at times restricted from rental for other purposes to other users. See OLAF PEDERSEN, *The First Universities: "Studium Generale" and the Origins of University Education in Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 225.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, 74-75, 126, 217, 168 n. 1, 172. This was the other normal meaning of *intratura*: cf. Edler, 112.

creditors and officially been struck from the guild rolls ⁽¹⁵⁾. That one could not practice the trade without *intratura* to a shop as well as *intratura* to the guild would seem to have licensed extension of the term. But certainly *intratura* in the sense of guild membership was a personal matter not transferable to others. The range of meaning of the term would indicate that, as Giuliano maintained, it was a *facultas* and not a *ius*.

As a prerogative to prevent rental of one's shop to another, *intratura* is an excellent example of what Grossi has said about medieval notions of property:

The *res* was not thought of as a unit but as a composite of elements, each of which is always autonomous and converges with the others to form the *res*. As the element logically precedes such a *res*, the power over each element logically precedes the power over the whole ⁽¹⁶⁾.

The statute proceeded from the economic use of the shop and safeguarded continuity of the business using it. The guild was able thus to constrain the shop's owner by constraining its members, seemingly the primary group of possible renters, from renting the shop away from its current tenant, provided he did not consent; and his consent was not assumed but had to take particular expression. Those outside the guild, however, were not so constrained; and the penalty of barring future membership in the guild of *rigattieri* would only be of consequence to someone who wanted membership (although that may have been the reason to try to acquire the shop). As an element of use, *intratura* was thus also a matter of persons who had or wanted that use.

The complicated layers of rights on the shop, which accommodated limited alienation (and thus generated the very possibility of this lawsuit) also arose from a certain anthropology of material possessions. As this is a lively area of research and theoretical investigation, it will be useful briefly to survey this area as a context of meaning for our investigations, before returning to the *consilia*.

Since Marcel Mauss's seminal 1925 "Essai sur le don", anthro-

⁽¹⁵⁾ *Statuti dei Rigattieri*, 204.

⁽¹⁶⁾ GROSSI, "Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: La nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana", in *Il dominio e le cose*, 571-601, at 594.

pologists and others have wrestled with the conceptual distinctions between gifts and commodities, social occasions of largesse or sacrifice (like the potlatch) and markets. With the decline of marxian economic paradigms there has been a resurgence of interest in Mauss's analysis, which emphasizes processes of social circulation rather than production. This interest has surfaced in historical research most evidently in Natalie Zemon Davis's pathbreaking survey of numerous facets of giftgiving in sixteenth-century France (17).

One of the important insights Mauss offered, that has continued to perplex scholars, is that there is something essentially inalienable about the gift — something of the original owner/giver that remains in the gift and generates the obligation of reciprocity. One marked tendency in recent work has been to break down or dissolve (though perhaps not entirely) the dichotomy between gift exchanges and commodities in markets (18). Gifts persist as an important feature of capitalistic societies, and markets too are about social relationships (though very different from those that mark giftgiving). The *intratura* passed through different hands variously as a “gift” (inheritance bequest to a nonrelative) and as a “commodity”. Its involvement in the social relations that lay behind the arbitration settlement indeed indicates an overlapping of personal and market relations in a city like Florence (and it is useful to recall that the shop in question stood in the Mercato Vecchio). Indeed, if it is the case that “objects do not exist prior to exchange any more than persons exist prior to relationships” (19), (and Mauss famously wrote another essay on the

(17) NATALIE ZEMON DAVIS, *The Gift in Sixteenth-Century France* (Madison: University of Wisconsin Press, 2000).

(18) Cf. JAMES G. CARRIER, *Gifts and Commodities: Exchange and Western Capitalism since 1700* (London and New York: Routledge, 1995); C. A. GREGORY, *Gifts and Commodities* (London and New York: Academic Press, 1982); ARJUN APPADURAI, “Introduction: Commodities and the Politics of Value”, in *The Social Life of Things: Commodities in Cultural Perspective*, ed. Arjun Appadurai (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), 3-63.

(19) MARILYN STRATHERN, “Qualified Value: The Perspective of Gift Exchange”, in *Barter, Exchange and Value: An Anthropological Approach*, ed. Caroline Humphrey and Stephen Hugh-Jones (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 169-91, at 178; and see her *The Gender of the Gift: Problems with Women and Problems with Society in Melanesia* (Berkeley: University of California Press, 1988).

person), then the *intratura* and the parties entangled with it did not emerge until it changed hands.

Another thread has been to complicate the gift-commodity distinction with the insertion of a third element, namely those objects that are never to be alienated, by sale or gift. In this regard gifts — or, rather, those objects deemed suitable to be given — stand between the always available commodities (presumably made to be alienated) and the never available “sacred” items⁽²⁰⁾. It is the inalienable, says Maurice Godelier, that generates the ground of value that can be calculated in a gift or, monetarily, in a commodity⁽²¹⁾. We are in no position to take a broad societal perspective on this issue for Renaissance Florence (for all that the city was obviously full of relics and other sacred objects and was adding to their stock with artistic and literary commissions). In the context of our case, however, we can certainly say that it was the very (circumstantial) inalienability of ownership of the shop that imparted value to the *intratura*. Its circulation, in turn, substantiated the value of ownership. Here keeping-while-giving (to use Annette Weiner’s formulation) took the pedestrian form of a rent. More to the point, in terms of the legal arguments advanced in the case, the claim that *intratura* was in fact personal *facultas* pointed at a category of inalienable possessions. The jurists were being called upon to determine whether the social worth of an immaterial object was exchangeable or not. They were invited to contemplate it as a matter of social reproduction (in the inalienable *facultas* of the practicing craftsman) or as an aspect of a differentiated social relationship marked by debts and obligations as well as gift and commodity exchanges (and subject to arbitration).

The work of academic jurists provided one resource for making sense of these matters, so the litigants turned to doctors of law who could furnish the necessary expertise; and they, in turn,

⁽²⁰⁾ Here see the somewhat varying perspectives of Nicholas Thomas, *Entangled Objects: Exchange, Material Culture, and Colonialism in the Pacific* (Cambridge, Mass. and London: Harvard University Press, 1991), and ANNETTE B. WEINER, *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping While Giving* (Berkeley: University of California Press, 1992).

⁽²¹⁾ MAURICE GODELIER, *The Enigma of the Gift*, trans. Nora Scott (Chicago: University of Chicago Press, 1999).

invoked the work of the great legal thinkers. Baldo's work, however, was too recent to have much impact in this case. He was cited only once in a *consilium* supporting Giuliano's position. Bartolo's work, on the other hand, was extensively cited on both sides. His distinctions between real and personal rights and between *ius* and *facultas* could not be ignored, even if they were not systematically exploited. Bartolo had concluded that strictly speaking ownership (*dominium*) was predicated only of *res corporalis*, not *incorporalis* (22). Any usufruct or servitude was at most a *ius*. These were described in terms of *forma*, *habitus*, *qualitas*, which all left intact the substance of a thing (*res*), that is, they were not in the nature of the *res* (23). To predicate *dominium* of them was not correct in a strict sense. Every jurist in our case cited Bartolo's commentary to one of the briefest titles of the *Digest* — De conditione ex lege. The *Digest* itself simply says "If an obligation is introduced by a new law and the same law does not declare by what type of action we may operate, we are to act by that law" (24). The text's affirmation of an action of some sort in conjunction with a new legal obligation became the occasion for Bartolo to fabricate a doctrinal distinction between *facultas* and *ius* which was of obvious importance in our case. He linked these to *ususfructus causalis* and *formalis*, also doctrinal concepts, *formalis* arising where the holder of usufruct was someone other than the owner (*dominus*) and *causalis* where ownership and use were united in one person. What Bartolo said was

is some *ius* or just some faculty of fact said to belong to him to whom something is permitted from that permission? For the clarification of which you must know what is said about formal and causal usufruct. For formal usufruct is a right of using and enjoying another's things... but causal usufruct is not a right, but a certain faculty of taking fruits, because one is the owner, if it is a question of usufruct. Now to the question at hand, sometimes a law permits someone to do something to someone for the maintenance of his right already in question, that is not a right but a sort of faculty... Sometimes a law permits doing something for the acquisition of

(22) PAOLO GROSSI, "‘Dominia’ e ‘servitutes’ (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)", in *Il dominio e le cose*, 57-122, at 87.

(23) *Ibid.*, 91-92; ROSSI, 1: 362-70.

(24) I have, of course, used the edition of Theodor Mommsen and Paul Krueger (Zurich: Weidmann, 1928), D. 13.2.1: "Si obligatio lege nova introducta sit nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est".

some right that is new, then it is a right, like the right of entering an inheritance ⁽²⁵⁾.

On his account *facultas* was something less than *ius*, but by his example the term applied when in the presence of *ius* and in the same person who had *ius*. To speak of usufruct at all in the person of the owner seems simply to have been a device for conceptual balance and consistency, to keep usufruct and *dominium* distinct when, in fact, they were not; they were united in the person of the owner who seemingly could not alienate to himself.

Baldo's more wide-ranging contemplation of property left similar problems. While he conceded that a *usufructuarius* could be said to have *dominium* over his *ius* (the usufruct) but not over the *res* (thus his *dominium* was formally distinguished from that of the owner of the object), he did not concede *dominium* to holders of other *iura incorporalia* (e.g., patronage to ecclesiastical position) because they were not formally distinguishable from *dominium*. ⁽²⁶⁾ Baldo thus exalted the dominative dimensions of subaltern forms of ownership (*dominium utile*), but he too could not unravel the entire web ⁽²⁷⁾. *Dominium* was a term that could continue to be used broadly of *incorporales* or "in every right that someone has over what he can dispose of" ("in omni iure quod quis habet de quo possit disponere"), though improperly, as it was by Paolo di Castro (c. 1360-1441) ⁽²⁸⁾.

Giuliano's argument was that the *intratura* was only a *facultas*, not a *ius*. That argument could protect his possession of the shop in

⁽²⁵⁾ BARTOLO to D. 13.2.1, *In secundam digesti veteris partem commentaria* (Venice, 1526), n. 4, fol. 66va: "ei, cui permittitur, dicatur competere aliquod ius ex illa permissione, an vero sit aliqua facultas facti? Pro cuius declaratione debes scire, quod dicitur de usufructu formali, et causali. Nam usufructus formalis est ius alienis rebus utendi et fruendi, ut l. i supra, de usufructu; usufructus vero causalis non est ius, sed quaedam facultas percipiendi fructus, quia est dominus, ut l. Uti frui, in prin. supra, si usufructus petatur. Nunc ad propositum, quandoque lex permittit, aliquid alicui facere pro conservatione iuris sui iam quesiti, et illud non est ius, sed facultas quaedam, ut d. l. In re mandata, et d. § Si maritus. Quandoque lex permittit aliquid facere pro acquisitione alicuius iuris de novo, et tunc est ius, ut ius adeundi haereditatem".

⁽²⁶⁾ GROSSI, "Dominia", 97.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, 101-110; ROSSI, 2: 16-21.

⁽²⁸⁾ GROSSI, "Dominia", 112, quoting Paolo di Castro to C. 4.19.4.

the Mercato Vecchio from the claims of Pietro arising from arbitration with Angelo. But it also left undetermined, then, just what Giuliano had bought from Angelo and by what right he held the shop. Only those learned in the law could hope to untangle such a legal mess, and even they could not guarantee success (at least collectively).

From the *consilia* that survive it is not possible to determine what Florentine court heard the case. The Rigattieri, the Mercanzia, and the Podestà were all possible places to initiate the suit. But the last is most likely, as Pietro was out to obtain a sort of condemnatory judgment (*preceptum de disgombrando*), that by statute had to come from the Podestà. Pietro's case was bolstered by the arguments of four Florentine attorneys, doctors of law, who conferred together and signed a single *consilium*, which survives in sealed original⁽²⁹⁾. They were Torello di Niccolò Torelli (fl. 1390s-1420s), whose signature appears first and who may have been the lead writer, Ricciardo del Bene (1369-1411), Bartolomeo Popoleschi (d. 1412), and Antonio da Romena (fl. 1390s), whose signature gives us a date for this case⁽³⁰⁾.

Torelli was a politically prominent lawyer who also taught for a number of years in Florence⁽³¹⁾. He began his examination with the guild statute and immediately went to the heart of the matter. It was *ius*, not *facultas*, "for if I consider it correctly a faculty abstracted

(29) For several stimulating analyses of *consilia*, see now the essays in MARIO ASCHERI, INGRID BAUMGÄRTNER, and JULIUS KIRSHNER, eds, *Legal Consulting in the Civil Law Tradition* (Berkeley: The Robbins Collection, 1999). The best single account of the elements of legal procedure at play remains PIETRO SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana* (Milan: Hoepli, 1927).

(30) Cf. LAURO MARTINES, *Lawyers and Statecraft*, 483, 499, for profiles of the Florentines involved in the case. Also JONATHAN DAVIES, *Florence and Its University during the Early Renaissance* (Leiden: Brill, 1998), 30n, 34n, 41n, 168.

Torelli's signature confirming "comunicato consilio" with "domino Bartolomeo et domino Ricciardo" occurs at the end of *Consilium*, fol. 18v. Antonio da Romena's and Popoleschi's, which mentions "concordia cum supra et infrascriptis domino Torello et domino Ricciardo doctoribus excellentissimis maioribus meis", are at the top of fol. 21r. Del Bene's signature is missing. The insertion of Giovanni da Chavetulo's *consilium* in between, fols 19r-20r, was a casual confusion introduced when the various papers in this volume were later assembled and bound.

(31) Cf. DAVIES, 30n, 34n, 41n, 56n, 58n, 169.

from a right does not consist in the act of prohibiting but in these matters which are mere facts, and they consist in acting extrajudicially, as is the faculty of going down a public street” (32). He relegated *facultas* to an extrajudicial realm of “mere” facts. An *actus prohibendi* seemed to be more than that; it was a right (*ius*). The rest followed from this initial distinction.

A rule prohibiting and allowing something necessarily gave rise to a right (*ius*), as Torelli saw it with jurisprudential logic. Where an obligation arose, law gave rise also to an action (“ubi nova obligatio introducitur ibi actio ex lege conceditur”); and, as the guild statute obligated one person not to take something or could penalize him if he did, Torelli concluded, relying on Bartolo, “therefore an action and thus a right arises and an obligation from which said action is born or given” (33). Again resting an argument on Bartolo, Torelli showed that this *ius* was also alienable because it brought a *utilitas* or *commodum*. This *commodum* mattered not only to the renter but to anyone else to whom it transferred, and in that regard it resembled praedial servitudes. “For this right is capable of monetary valuation and its concomitant *commodum* is capable of transfer to someone else, as we see because everyday in this city such is alienated and transferred, and so it is there, but such a conjoined thing serves a particular type of persons, as craftsmen and others, although different effects are sanctioned in craftsmen and in outsiders, because of which this thing is rendered of less worth for the owner while a not small value arises for the renter; and so from that it is concluded that this right is productive of an action” (34). From legal principle Torelli slipped with ease to daily practice, and the sale

(32) Consilia, fols. 17v-18r: “nam si recte considero facultas abstracta a iure non consistit in actu prohibendi set in hiis que sunt meri facti et consistunt in agendo extrajudicialiter, ut est facultas eundi per viam publicam”.

(33) Consilia, fol. 18r; “ergo actio et sic ius oritur et obligatio ex qua dicta actio nascitur seu datur”.

(34) Consilia, fol. 18r: “Est enim hoc ius extimabile et est eius commodum aptum natum in quemcunque transire, ut videmus, quia cotidie in hac urbe alienatur atque transfertur, est enim ibi sed servit quedam iniuncta certo generi personarum, ut artificibus et aliis, licet diversis effectibus sanciantur in artificibus et aliis in extraneis, propter que res ista vilior sit domino et extimatio non parva sit conductori, unde ex predictis concluditur hoc ius esse actionis productivum”.

and pricing of such *intratura* was a powerful factor in favor of seeing *ius* here, if only because this diminished the power of the owner. His move to a comparison with servitudes was crucial, for those (e.g., easements for a road or to draw water) belonged to the land (and thus its successive holders). Usufruct, on the other hand, was a personal right and not alienable⁽³⁵⁾. Bartolo eliminated usufruct as a form of *dominium* of a *res*, though one could term it a *dominium* of a *ius*.⁽³⁶⁾

Could this *ius* be transferred or was it “personalis et non transitoria de persona in personam”⁽³⁷⁾? Torelli claimed there was no doubt that an actionable *ius* moved from testator to heir when the *intratura* was bequeathed, even though the heir who was not a *rigattiere* might have had a harder time acting on his right. So, “although it may also be true that this right does not go from person to person still its *commoditas* is placed under obligation”. *Commoditas* was a mark of usufruct, which was personal and ended with the person and was not transferable, but Torelli insisted “*commoditas* of this sort of right is obligated and placed into a contract”, as Jacopo Bottrigari (d. 1348) had demonstrated⁽³⁸⁾. Usufruct thus served as a legal parallel, if not in fact appropriate category, for what was before Torelli in this case. Even though what arose from the guild statute might be termed an *actio personalis*, the *usus civitatis* showed that it was alienable and obligable and transferred between persons⁽³⁹⁾. And by the same token, Torelli concluded, civic practice

(35) MAX KASER, *Roman Private Law*, 2nd ed., trans. Rolf Dannenbring (Durban: Butterworths, 1968), 121-22.

(36) ROSSI, 1: 436-48.

(37) *Ibid.*

(38) *Consilia*, fol. 18v: “licet autem etiam verum esset quod hoc ius non transiret de persona ad personam tamen commoditas eius in obligatione deducitur. . . . tamen commoditas huius generis iuris obligatur et in contractu deducitur”. On *commoditas* and usufruct, ROSSI, 1: 400-406.

(39) *Consilia*, fol. 18v: “nam id quod est alienabile est obligabile . . . quod alienari possit dictum est et usus demonstrat civitatis et sic etiam hac ratione in obligatione deducetur. Et ex quibus clare concluditur ex statuto artis quia prohibitorium est et revocatorium seu expulorium ius et actio hoc est conditio ex l. oriri, licet sit actionis personalis productivum et non realis tamen alienabile et obligabile ius inducit saltem comoditas eius transit de persona in personam et cum persona non finitur, ut est dictum”.

showed that what resulted was *ius* or *commoditas* that came under the *obligatio bonorum* contained in the arbitration agreement, and so the *intratura* should go to Pietro.

The case for Giuliano d'Antonio was more extensively if not more richly developed. It relied not on the seeming common sense of seeing a right where there was an action or a commodity where there was a price. Indeed it had to offer a more "subtle" reading of the legal (*ius commune*) quality of *intratura* ⁽⁴⁰⁾. It was also a line of argument entrusted largely to Bolognese jurists, who participated in the academic life of that city's great university, in contrast to the humbler circumstances of Florence's underfunded, poorly staffed, and ill-attended law school in the immediate aftermath of the Visconti wars ⁽⁴¹⁾.

The allegation by Giuliano d'Antonio was that the statute's vesting of a right of refusal in the first renter meant that *intratura* "is not a right in things but only a simple right of prohibiting another craftsman from entering or renting the shop without the permission of him who has *intratura* in it" ⁽⁴²⁾. It was thus a right that made the shop a personal space, but as a space for practice of a craft shared with other members of a guild, who guaranteed the personal exclusivity of that space, it cannot be termed private (in any modern sense of the word, as in its use as an adjective with the noun property).

⁽⁴⁰⁾ Giovanni da Chavutelo's *consilium* began by saying "Ad investigandum plenius veritatem huius dubii satis impliciti et subtilis quedam quesita formabo" (*Consilium*, fol. 19r); and the second *consilium* stated "Et si in consultatione premissa veniat examinandus articulus subtilis pulcer et alias ut supra refertur decisus" (*Consilium*, fol. 28v).

⁽⁴¹⁾ On law schools, see MANLIO BELLOMO, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune* (Catania: Giannotta, 1979); on Florence's, see GENE BRUCKER, "Florence and Its University, 1348-1434", in *Action and Conviction in Early Modern Europe: Essays in Memory of E. H. Harbison*, ed. T. K. Rabb and J. E. Seigel (Princeton: Princeton University Press, 1969), 220-36 and "A Civic Debate on Florentine Higher Education (1460)", *Renaissance Quarterly* 34 (1981): 517-33; JONATHAN DAVIES, *Florence and Its University during the Early Renaissance* (Leiden and Boston: Brill, 1998); on Bologna's see now PAUL F. GRENDLER, "The University of Bologna, the City, and the Papacy", *Renaissance Studies* 13 (1999): 475-85.

⁽⁴²⁾ *Consilia*, fol. 26r: "non est ius in bonis sed solum est simplex ius prohibendi ne alius artifex intret vel conducat apotecham sine licentia eius qui habet intraturam in ea".

Once the prior renter gave permission for rental to another his *intratura* would be extinguished, which showed that it was a merely personal right that was not transferable. Sale by Angelo to Giuliano had ended Angelo's *intratura*, so there was no right Pietro could seek from Giuliano. Giuliano's case was bolstered by submission of a *consilium* of Antonio da Butrio (1338-1408), a Bolognese canonist of the highest repute, arguably the equal of Bartolo and Baldo for canon law, but a man who had also taught canon law in Florence between 1392 and 1398⁽⁴³⁾. It was from an unrelated but parallel litigation and, it was claimed, meant that Angelo's *ius intrature* ended when it came into Giuliano's hands and was not subject to the arbitration's terms. Da Butrio's case also concerned a guild statute governing the hiring of a shop from one guild member to another, although in this case it was not an arbitration but the tacit hypothec for return of a dowry that was the source of the putative obligation on the shop. Da Butrio declared the Bolognese statute *exorbitans* in relation to *ius commune*, because it permitted someone to remain in a place after the term of rental ended, whereas common law allowed one to rent to another after or even before the term ended⁽⁴⁴⁾. He also found that the statute was directed not at the rental or the object rented but at the one hiring, so that he not hire to the harm of another or face a penalty for infraction. Thus Antonio da Butrio concluded that there was no *ius*; there was nothing in play about having power over something; it was personal, as Bartolo demonstrated. This capacity was not a predial servitude or a usufruct or an *usus*. It extinguished with the person and was not transferable. Against the reigning practice of sales and transfers of *intratura*, the canonist had argued that

if it is said that this *ius* is alienated everyday, as witnesses attest, then attention is to be paid to the fact that the same *ius* of *intratura*, like a thing

⁽⁴³⁾ Cf. ENRICO SPAGNESI, *Utiliter Edoceri: Atti inediti degli Ufficiali dello Studio fiorentino (1391-96)* (Milan: Giuffrè, 1979), 46-47, 163, 164-67, 202, 210-11, 218, 241, 247, 263; and Davies, *Florence and Its University*, 30n, 34n, 39n, 41n, 107, 163.

⁽⁴⁴⁾ *Consilia*, fols. 26v-27r: "nam de iure comuni libere licet locatori alteri locare conductori non solum post finitam locationem ymo et ante finitam locationem absque alicuius molestia".

subject to translative alienation, is alienable because it is a *ius* for someone and a personal preeminence and a faculty⁽⁴⁵⁾.

That something was transmissible did not mean it was *ius*. So, in the case before him, the “personal” right held by the widow’s husband ceased at his death and did not devolve to her through her hypothecary dotal right on his property. The shop was not among his goods — which had been put in the widow’s hands by judicial decree (*perceptum de disgombrando*).

So the case for Giuliano was not as weak as seems at first to us — accustomed as we are to the pricing and transmission of all sorts of commodities and nonmaterial rights, options, and futures. The assertion was that there was never a form of property or possession here that could fall subject to an obligation such as those in arbitrations or dowries. There was some vague “faculty” of refusal that fell to one person, even if he had paid for it. It was beyond or between the terms of law — servitude, usufruct, use, *habitus* — that otherwise could be argued to fall under the obligation. The case had stumbled on a murky area or, perhaps, in its stumbling had stirred up the mud. And in Da Butrio a great legal mind had lent his ingenuity and authority to spreading the murk (even if, in his case, he had kept an ecclesiastical property from falling into the widow’s control). But the great legal mind, even in the practical circumstance of a case, was apt to be more doctrinaire. Practitioners on a local level “demonstrate a finding themselves at ease with all these empirical constructions set out to valorize on the legal plane the economic substance of the object’s *utilitas* and that more than purely doctrinal jurists they are bearers of the situations slowly deposited by custom in the practices of secular courts and tribunals”⁽⁴⁶⁾. The jurists in our case tried to settle the muck and restore a clarity that they sought in the pure waters of the learned law.

Two *consilia* were produced on Giuliano’s behalf. One remains anonymous, the other was signed and sealed by a Giovanni da Chavetulo of Bologna. As his is the briefer, we will begin with it. He

(45) *Consilia*, fol. 27v: “Et si dicatur hoc ius cotidie alienatur ut attestantur testes advertendum ius istud intrature tamquam res subiecta alienationi translative est et alienabile, quia est quodam ius et preeminencia personalis et facultas”.

(46) GROSSI, “*Resistenze*”, 598.

followed a five-step path. First was to decide that the statute was prohibitive, and that prohibition was to the benefit of the first renter, with implicit limitations on him so that his dealings did not harm the actual owner (47). He should not refuse to rent from the owner at a decent price or demand a high price for his consent. Second was to determine that a *ius* resulted for the first renter even though the statute was not worded directly at him. Third this *ius* was productive of an *actio*, as in the *condictio ex lege*, and it was not some simple *facultas*. A municipal or guild judge could order expulsion of the second tenant. The fourth finding was that this *ius* could be alienated by contract or testament. It was the daily observed custom. The fifth — the consequence of the alienation from Angelo to Giuliano — was where, Chavetulo conceded, serious effort had to be made. If this alienated *ius* was *personale*, then *commoditas* had been alienated, as happened in usufruct. If it was *realis*, then not only *commoditas* but *substantia* were transferred, and then Pietro could pursue this *intratura*. But Chavetulo reversed field and said that *intratura* was a concession to a person that ended with him (48). Moreover, it was a statutory concession contrary to *ius commune*, so it should be limited to the person. Andrea Spinelli's bequest was thus null because the *intratura* ceased at his death. What was sold commonly in Florence then was a *commoditas* that was valid as long as the seller lived. Its extinction at death was equatable with usufruct, and following his death there was no *actio*, and so anyone later renting the shop did not fall under the statute (49). In the end Chavetulo justified his entire position on the customary sense of *intratura*, noting that that sense could change:

But I understand the aforesaid to be true unless one should legitimately establish that the nature of this right of *intratura* will be otherwise inter-

(47) Consilia, fol. 19r: "Secundo limitandum puto ut sit necessaria licentia primi conductoris si tamen ipsam possit impendere, quia hoc statutum interpretationem patitur restrictivam ne alius, hoc est dominus, dampnum paciatur indebite".

(48) Consilia, fol. 19v: "quia hoc ius deinde licentie quod conceditur a statuto est ius concessum persone, quod extinguitur cum persona".

(49) Consilia, fol. 20r: "Unde remoto subiecto hoc est ipsa facultate licentie concedende, que tollitur extincta persona removetur aptitudo productive actionis. Et per consequens alius conducens postea non incidit in statutum, quod semper debet intelligi ne eius dispositio incidat in absurdum".

preted and understood by custom than what the words of the statute say, because then one should not back away from custom which is the best interpreter of laws ⁽⁵⁰⁾.

The custom he meant was that of statute interpretation, not the custom of sale of *intratura* that had carried so much weight with Torelli. This is a more than disingenuous final statement, because his argument had rested almost entirely on conceptual distinctions lodged at the heart of civil law.

In the end he disagreed that the *intratura* fell subject to the arbitration as a transferable *ius*. Of course, what was not argued was that the *primus conductor* was always relative, that whoever had rental rights at any one moment was *primus* with respect to all others and, in that regard, the *intratura* was eminently portable and priceable. While we might interpret the statute in that manner in light of Florentines' readiness to buy and sell *intrature*, it is important that Chavetulo did not, lest he deface *dominium* too much. But for the sake of preserving a less diminished ownership of the shop in the face of an *intratura* said to be personal and not alienable, the *consilium* was unsatisfying. It did not resolve what Giuliano or Angelo before him had (and bought and sold), if Andrea Spinelli had not even been able to bequeath it.

An anonymous second *consilium* considered the case at greater length, departing from the extensive presentation of Da Butrio's *consilium* ⁽⁵¹⁾. Arguing *pro et contra* the jurist took the stance that the statute resulted in a *facultas*, not a *ius* — a “type of faculty of forbidding another from renting a shop from a renter with a rental contract or from entering a residence at rent, as is shown from the statute; and it seems so because although the statute's words speak negatively and are directed at the uncertain person renting in second

⁽⁵⁰⁾ Consilia, fol. 20v: “Predicta tamen intelligo esse vera, nisi constaret legitime naturam huius iuris intrature fore a consuetudine aliter interpretatam et intellectam, quam sonent verba statuti, quia tunc non esset a consuetudine recedendum qui est optima legum interpres”.

⁽⁵¹⁾ All of which followed on a copy of Torelli's *consilium* without signature or attribution (Consilium, fols. 22r-25v). This *consilium* and the copy of Torelli's were separately written and at some later point attached to the original Torelli and Chavetulo texts.

place, still they dispose affirmatively in favor of the first renter” (52). The *primus conductor* had the *facultas* to forbid a second from renting to preserve his rental agreement or the *commodum* of his *residentia* there. “And this and nothing other is *intratura* and I think that, although by means of rental the first renter cannot be removed by another craftsman, still by means and way of sale he could” (53). Someone who did not want to rent the shop or practice the trade could buy it (i.e., acquire ownership), forbid anyone to practice the trade there, “and so by another way *intratura* would devolve to nothing” (“et sic per aliam viam *intratura* ad nichilum deduceretur”). Or the new owner could prevent rental to another, “and from these cases clearly it seems said *intratura* cannot come into an obligation as it is not some *ius* and so it does not appear in goods or in the term goods, and this is self-evident and clear” (54).

The *consulens* reaffirmed that it was not something in the *bona* of Angelo that could fall under the obligation established by the arbitration. That a *ius* be obligable required that there be something subject to it, like a rental contract or residence, and that was lacking. That a price had been set on it and it had been thus alienated did not matter: “what is alienable, consisting of valued fruit, this is, reducible to money for itself and whose daily fruit is engaged to reduce the principal of a debt, that is pawnable; but where daily fruit is not contracted to reduce the principal that does not seem to translate into a pawn” (55). Beyond the parallel to pawns, there was the fact

(52) Consilia, fol. 29v: “facultas quedam prohibendi alium ne conducat producta conductori ex contractu conductionis vel residentia ad pensionem ut ex statuto ostenditur intrueret, patet autem quia licet statuti verba negative loquantur et dirigantur ad personam incertam secundo loco conducentem, tamen affirmative disponunt in favorem primi conductoris”.

(53) Consilia, fol. 30r: “Et hec est *intratura* et nil aliud est et puto quod licet per modum conductionis primus conductor ab alio artifice expelli non possit, tamen per modum et viam emptionis poterit”.

(54) Consilia, fol. 30r: “ex his clare patet dictam *intraturam* in obligationem venire non posse cum non sit *ius* aliquod et sic in bonis seu bonorum appellatione non visit ergo et de se evidens est et clarum”.

(55) Consilia, fol. 31r: “quia illa ratio et habere advertendum non ita responditur intelligenda est ut solum verborum corticem inspectemus, sed ita ab aliorum iurium auxilio est subplenda ut dicatur quod est alienabile consistens in fructu extimabili, hoc est ad pecuniam reducibili per se ipsum cuiusque cotidianus fructus sit actus sortem

that a husband gained his wife's dotal goods and managed them, but he could not obligate them in an arbitration or similar general obligation of his goods (this parallel deriving, it would seem, from Da Butrio's case). Again, as the custom setting up this *intratura* was not in accord with *ius commune*, the jurist saw it was necessary to restrict its play and leave the effects of *ius commune* to run as much as possible. The alienable was obligable as long as custom did not, in "correcting" the first, correct the second, as, it was noted, Bartolo had argued in a *consilium*. There was nothing alienable. It was simply that, as a second could not rent without the consent of the first, that consent was what was bought⁽⁵⁶⁾. No similar right arose in the second renter; the statute confirmed and validated the transfer. So any parallel between the alienation of *fructus* and the sale of consent to *intratura* did not hold⁽⁵⁷⁾. The *intratura* could not be obligated, and this conclusion would protect Giuliano's purchase from Angelo. There was however, no explanation how Angelo came to have anything to sell to Giuliano.

In sum, this case was not easy. It was confusing in 1403 and it remains confusing 600 years later. What Angelo (as third in order) had, if anything, remains in question. It is hard to say how the case turned out without uncovering further court records. Even in the nineteenth century with its embrace of a theoretically coherent and all-embracing ownership, debate continued over the hypothecability of usufruct⁽⁵⁸⁾. The legal issue was not resolved, although the lawsuit had to be. A solomonic, if less learned, judge may have

debiti extenuare, illud est pignorabilis, set ubi cotidianus fructus sortem extenuare non est contractus illud in pignus transire non patet".

(56) Consilia, fol. 31v: "Propterea puto quod etiam de consuetudine tale ius non sit alienabile nec id introducat consuetudo, sed cum hoc sit quod alius sine consensu primi conductoris conducere non potest ille primus conductor conductioni secunde ante vel in ipsa conductione consentit et huius consensus pretium recipit et hic est quantum venditur".

(57) Consilia, fol. 31v: "nec predictis obstat quod de usufructu premisi qui licet sit inalienabilis ut dictum § finitum tamen est obligatus . . . quia facultas iuris usufructus est alienabilis . . . et enim fructus principaliter per se ad pecuniam reducibile actus quam extenuare sortem sine iuris interpretatione merito set obligabilis ut dixi supra, quod non est tali iure intrature ut supra pluries dictum est, ex quo evidenter patet non obviare predictis".

(58) Cf. GROSSI, "Resistenze", 597-601.

decided that Angelo had had something to sell to Giuliano and that that something should be made to answer for his debts. Or he may have decided that Pietro lost because *facultates* were not liable to the arbitration along with *bona* and *iura*.

This case does give us insight into two matters. One is the assimilation into local practice of doctrinal developments, mainly the imposing body of thought left by Bartolo. Torelli exploited the general thrust of the law to the effect that a new obligation *ex lege* would give rise to some sort of *actio*. Antonio da Butrio, however, had said that the statute gave a right that only “tends to preservation of the first contract, which is personal” (“tendit ad conservationem primi contractus qui personalis est”), and on Bartolo’s account legal allowance “pro conservatione iuris sui iam quesiti” was *facultas*, not *ius*. The unknown *consultor* worked both interpretations in his presentation of pro and con. The one covered by the statute was not the *dominus*, so the situation was more approximate to the *ususfructus formalis*, where *ius* applied. Arguably, as the right to prevent rental to another was a new right not already in the law, there was also a new right gained. But the counterargument that this only protected the existing rental contract was a clever ploy to put this in the realm of *facultas*.

At a point in his commentaries where Bartolo was drawing back from extending a new *ius*, preserving in his way some of the integrity of ownership, the jurists on the case were able to use him to uncertain effect (59). His distinction was useful in the case and productive of interesting insight and argument. It was not resolute. Or, better, it was not yet the basis (or antithesis) to a *communis opinio* (60). Fine terminological distinctions could not work well where the facts and statute at issue led to the contradictory use of the word *ius* for what was said not to be *ius*, where something was clearly sold (and for a relatively handsome amount — several years’ wages in a number of artisanal trades) and yet said to be personal and inalienable.

In the *intratura*, for which there was in fact an active “market”,

(59) On BARTOLO here, see ROSSI, 1: 420-25.

(60) Cf. ROSSI, 2: 338-57, for a parallel consideration of cases about usufruct left to widows.

practice had tossed a real anomaly at law. In a real, though not legal sense, the renter could sell his lease to another (or sublet?), without leave from the shop owner (at least within the *Arte de' Rigattieri*). In the early fifteenth century jurists were not yet in a position to handle this anomaly very well. They concentrated on the small, if immediate, point — whether Giuliano had purchased a *ius* that Pietro could claim — and left unresolved the status of *intratura* when bought and sold. It was this very inability to arrive at a single determination, however, that made the abilities and expertise of these men socially useful and that cemented their authority in the community ⁽⁶¹⁾.

The anomaly *intratura* presented to conceptions of property is also interesting. 1403 was also the year of a new *estimo*. Florence was soon to see the *catasto* as a new way to assess wealth, as well as new ways to spend it, including artistic and literary works. In that regard, we face the fact that three of the four *doctores consulentes* (including da Butrio) whose work we have studied here opted to frame the statutory right of a *rigattiere* to veto hiring of his rented shop space to another in terms of *facultas* and thus not confuse or diminish the owner's right. In doing so they downplayed the “fact” and “custom” that this *facultas* was bought and sold, even bequeathed, and so could seem to be the sort of thing to fall subject to an arbitration that could attach assets to settle a quarrel. Torelli gave that fact due weight in legal consequence. The others perhaps saw it as merely a *facultas* because it was only a right of refusal (thus a consent that could be “purchased”), not even a right of use and enjoyment. Much like the vote of a German imperial elector or a cardinal, it could be bought — that is, its exercise could be directed — but it could not be alienated to another to be cast by him.

As I noted years ago, attribution of monetary value did not indicate a right of ownership (*dominium*) in the eyes of Florentine

⁽⁶¹⁾ Note here the position of MARIA GRAZIA FANTINI, *La cultura del giurista medievale: Natura, causa, ratio* (Milan: Franco Angeli, 1998), 179, that “la *auctoritas* della *scientia iuris* presenta qualche incompatibilità con il sistema giuridico”. The certainty of logical connections and common opinions would lead to the result that jurists could be replaced by others as interpreters of law. On juristic authority, see also Julius Kirshner, “*Consilia* as Authority in Late Medieval Italy: The Case of Florence”, in *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, 107-40.

jurisconsults ⁽⁶²⁾. So it is not surprising that three jurists said that monetary valuation of the *intratura* did not amount to *ius*. There was, after all, a second matter in the case, although it was not one the jurists directly addressed — the social meaning of this property that some said was alienable and others said was not (but had certainly been alienated). Neither sales nor gifts always pleased the parties. Insofar as “social relations, not forms of property rights, explain economic outcomes” ⁽⁶³⁾, neither ownership nor rental, neither sale nor gift, of themselves, dictated social harmony. Angelo had, arguably, defrauded Pietro by the sale to Giuliano. The arbitrators had found Pietro’s claims to be valid and had awarded him compensation from Angelo’s holdings. That problem may not have been legally interesting, but it was morally and financially pressing to both parties. Pietro would not have cared if Angelo had a *ius* or a *facultas*, as long as, whatever it was, he could claim it and cash it in.

Yet back at the very beginning of the narrative of transmission of the *intratura* in this case (a transmission that left out the owner, who seems irrelevant to the *rigattieri*), it was the willingness of the banker Giorgio Aldobrandini to sell it when it had been given to him, his desire to commodify and monetize it, that transformed the *intratura* into an object of commerce. Then, as Angelo di Lorenzo’s asset it could be subject to an arbitration and also sold to Giuliano d’Antonio. Something that began as personal (right of refusal) became abstracted, numerated, and impersonal; but, like a gift in the anthropological sense, it still carried something of the substance of the original donor, an imprint not easily erasable, even by the solvent of commerce (and we can wonder just how “impersonal” these transactions were in fact, depending on how and how well the parties knew each other before and outside of the exchange). As we have seen, it was also not easily cancelled by the lawyers.

In the other direction, in the form of matters like *intratura*, practices and experiences indeed entered law and shaped its norms.

⁽⁶²⁾ Cf. KUEHN, *Law, Family, and Women*, 123.

⁽⁶³⁾ Cf. REBECCA JEAN EMIGH, “Forms of Property Rights or Class Capacities: The Example of Tuscan Sharecropping”, *Archive of European Sociology* 41 (2000): 22-52, at 47; and her “Means and Measures: Property Rights, Political Economy, and Productivity in Fifteenth-Century Tuscany”, *Social Forces* 78 (1999): 461-91.

Enshrined in a guild statute it took effect in local courts as recognized custom. From there it impinged on more learned discourse as cases came to jurists, even through the confusing mechanism of sales and inheritances when the nature of the thing transferred was undetermined. This was hardly the first nor the last time that people would find ways to put prices on things and claim rights over them when law had yet to learn of, leave alone assimilate, their existence. But at least in the hands of jurists, experiences were to remain subordinate to the realm of consecrated norms that was *ius*. Powerless to prevent anomalies thrown up by practice — indeed gaining power precisely, if paradoxically, because such anomalies called for their services — jurists invoked the overall coherence and conceptual primacy of juristic norms⁽⁶⁴⁾. They were not intent on denouncing practices as opposed to norms; they allowed them legal weight — but it was just that, *legal* weight, the scales of which were in their hands.

(64) SIMONA CERUTTI, “Normes et pratiques, ou de la légitimité de leur opposition”, in *Les formes de l'expérience: Une autre histoire sociale*, ed. Bernard Lepetit (Paris: Albin Michel, 1995), 127-49, argues (relying on analysis of summary procedure in early modern Torinese courts) that norms and practices operated on the same level and that practices shaped norms. While I do not doubt the normative effect of practices or the importance of nonlegal agency in social and legal life, it remains that in law practices are posed as subordinate to norms in some way, if only because jurists can pretend that the norms are prior. Some practices, after all, remain extralegal or illegal, no matter how prevalent or otherwise approved they become.

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ

CUANDO LA MUJER NO EXISTÍA (La mujer mexicana y la codificación)

*Al profesor Soberanes por su apoyo para comenzar y
al profesor Grossi por su apoyo para continuar*

1. Hipótesis por caso. — 2. La mujer antes del Código Civil. — 3. El Code. — 4. Persona Humana. — 5. La mujer mexicana. — 6. Una conclusión por caso.

1. *Hipótesis por caso.*

Hubo un tiempo en que la mujer no era considerada una persona, y ese tiempo no es tan lejano, fue en los primeros años del siglo pasado, que la mujer comenzó su vida “jurídica”. Sucede que como hemos dado tal importancia a estar reconocidos por la ley sino es así, llegamos a pensar y de hecho a funcionar, como si no existieramos en la realidad. En México se dice: “Papelito habla” para explicar que nada mejor como la constancia escrita. También recordamos aquí las lecciones de derecho civil donde se nos decía que: la persona no existe mientras no se encuentre en el registro público. Otro ejemplo es la preocupación de los habitantes de San Gabriel en la Huasteca hidalguense en México porque no figuraban en las listas del padrón electoral y por tanto estaban privados de los programas gubernamentales.

Según la concepción moderna del derecho, la persona jurídica era un ser abstracto ⁽¹⁾, el sujeto de derecho podría ser cualquiera de

Agradecemos infinitamente la ayuda, consejos, sugerencias y materiales que nos aportó el profesor Paolo Cappellini; sin ellos este artículo carecería de alma.

⁽¹⁾ Ahora se habla de “identidad subjetiva” así lo define Margarita Cassano, magistrada italiana, que en su participación en el *EuroForum* de Florencia el 6 de mayo

nosotros según el pensamiento iluminista-razionalista (2). Portalis decía: “*En voyant enfin une grande nation, composée de tant d’hommes divers, n’avoir plus qu’un sentiment, qu’une pensée, marcher et se conduire comme si tout entière n’était qu’un seul homme!*” (3). Sin embargo, para el derecho privado y su enunciación, el Código Civil, la persona en realidad es “...el ciudadano razonable y responsable, dotado de un cierto patrimonio, experto en negocios y medianamente versado en cuestiones legales” (4).

De esta manera “...se excluye del juego al vago e indigente, al extranjero, al ausente, a los menores, restringiendo al mínimo los derechos civiles de las mujeres” (5). Nosotros sumaríamos a la lista adecuándonos a la realidad latinoamericana: al indígena, al campesino, al obrero.

Pero esto no es todo, nuestra ley civil es capaz de decidir cuando se está vivo, cuando se es sólo un conjunto de células y cuando se tiene la “personalidad” y por otro lado puede en su gran espectro de atribuciones declarar la muerte y decidir cuando se ha dejado de ser persona.

En México concretamente, antes del Código Civil de 1928, que es el que actualmente rige con algunas reformas; la mujer debía obediencia total al marido, para ir en juicio, para educar a sus hijos; No podía contratar, usar su patrimonio o trabajar; Si el marido disponía cambiar de domicilio ella debía seguirlo. No tenía la patria potestad sobre sus hijos sino una claroscuro custodia. Y a esto podemos sumarle en materia política el veto a votar y ser votada.

¿Porqué quisimos como sociedad que sucediera esto? Podemos decir que eran aquellos tiempos, que era la concepción actual,

del 2002, expuso su teoría sobre la crisis de la subjetividad kelseniana: “il soggetto esiste in un particolare momento storico in sieme ad altri che non sono uguali ma neanche diversi...”

(2) DE GIACOMO, Claudio, *Identità e soggetti nella teoria dei diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995, p. 60.

(3) Citado por CAPPELLINI, Paolo, *Il Codice eterno, la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, en: *ATTI FIORENTINI*, Florencia, Giuffrè, 2001, p. 24, citado a su vez por LONG M. y Monier J.C., *Portalis. L’Esprit de justice*, París, 1997.

(4) RAMOS NUÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 98

(5) RAMOS NUÑEZ, *El Código...* op cit. p. 99

el machismo que dominaba todas las esferas de la vida civil, pero la verdad siempre será aquella por la cual la mujer fue considerada por el derecho francés y después asimilada y trascendida en casi todos los países, en un estado de *capitis deminutio* digamos que no se le consideraba apta de ser “persona jurídica” por tanto, en algún sentido, en el jurídico, la mujer no existía.

2. *La mujer antes del Código Civil.*

El derecho hispano se aplicó por un tiempo en unión con el Código (6), y más específicamente el derecho castellano para América: el indiano. Para saber la situación del derecho civil al tiempo de la elaboración de los códigos recurrimos a dos fuentes de las muchas que existían entonces (7), son dos obras doctrinarias. La primera es castellana y muy difundida en América gracias a sus revisiones y adiciones, hablamos del famoso *Sala* (8) que en el título II referente al “estado de los hombres y derecho que en su razón corresponde” habla de la situación de la mujer: “...hay diferencia según el estado natural de los hombres entre varones y hembras: las cuales también se entienden bajo la palabra hombre, a excepción de aquellos asuntos o negocios en que las leyes las excluyen” (9).

Ahora una obra leída por el codificador: el diccionario de Joaquín Escriche (10): “...las prohibiciones y penas asignadas en las

(6) LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las resistencias a la Ley en el primer Constitucionalismo*, en: *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, 1998. (DE, 31 de mayo, 2002: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/133/15.pdf>)

(7) GONZALEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871 (Apuntes para su historia)*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 5 y ss.

(8) SALA, Juan, *Ilustración del derecho real de España*, tomo I, Imprenta de Joseph de Orga, Valencia, 1803, p. 8 y ss.

(9) Casi toda la doctrina de entonces enunciaba este principio de igual manera, quizá porque así lo prescribían las partidas de Alfonso X. De la partida 7 sobre todo es de donde se suele extraer esta parte, que es común en casi todos los autores de los tres siglos en que era válido este derecho.

(10) Nos referimos al *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, todas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, México, Galván, 1837 (edición facsimilar elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, p. 456 y ss.)

leyes al hombre, alcanzan igualmente a la mujer, y ésta tiene las mismas obligaciones y derechos que aquél, excepto en aquellas cosas que se hayara escludida” e inmediatamente señala las diferencias legales: “la mujer es núbil antes que el hombre, y capaz antes que él de otorgar testamento y de otros actos civiles; pues lo es a los doce años cumplidos..también puede casarse sin licencia paterna en cumpliendo veintitres años... porque según dicen los comentadores, así como el cuerpo de la mujer se desenvuelve y llega a su perfección antes que el hombre, del mismo modo adquiere su espíritu la prudencia necesaria a su sexo antes que el hombre adquiera la que exige al suyo”. Y si es que existen restricciones a la mujer en realidad es para protegerla ya que es “de un temperamento menos fuerte que el hombre, más frágil y pundorosa...No se le castiga con tanto rigor, ni se le imponen penas muy dolorosas ni menos las de trabajos públicos”.

El derecho antiguo tenía una razón para cada impedimento: No puede ser tutora sino de sus hijos y nietos, con la idea de que vele por ellos. No puede ser testigo en los testamentos (pero en todo lo demás sí) porque desde Roma el testamento se considera una subespecie de “ley” y las leyes las hace el senado el cual se concibe como la organización de los ancianos, hombres. Los impedimentos judiciales como el de ser procuradora, representante de persona diferente a sus familiares, acusadora si no es de daño directo a ella o sus familiares; así como el impedimento a ejercer cargos públicos es para “no exponerla a (juicios) en concurrencia con los hombres, y al uso de cosas contrarias al recato y buenas costumbres” en pocas palabras para que no sufriera abusos, acosos y cuestiones del estilo. El impedimento a ser fiadora como aclara Escriche, es en realidad un privilegio del que “goza para no quedar comprometida” así, si alguno la nombra fiadora ella libremente puede aceptar o rechazar el encargo.

Trato preferencial recibía en todo el derecho la mujer embarazada y aunque curiosamente sobre el *nasciturus* nunca se elaboró un derecho concreto que lo considerase persona, el derecho intuía esta situación ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Cfr. COTTA, Sergio, *Diritto, persona, mondo umano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1988, p. 212 y ss.

No queremos caer en una añoranza idealista, pero es claro que uno de los objetivos de esta legislación era la protección, obviamente somos conscientes del espíritu racista que dominaba a la época y que consideraba para afectos prácticos a la mujer incapaz para muchas cosas en las que en realidad era capaz. La pregunta es: ¿Sí considerándolas en todo igual a los hombres les hacemos un favor? Como cita Rodríguez de San Miguel al margen de Escriche: “sobre los abusos y funestos resultados de la renuncia a las leyes...¿Cuántas desconsoladas mujeres no vemos en extrema indignancia, vendidos y disipados sus bienes, expuestas a una vida disoluta?” (12)

Por cierto, en el derecho antiguo la mujer es considerada el pilar de la familia, la nobleza o la “familiaridad” se transmiten a los hijos por vía materna. La mujer no es inferior al hombre, es distinta.

3. *El Code.*

Cuando se pensó organizar el derecho en un solo texto, en Francia en los 1800, también se incluyeron las ideas que entonces imperaban, sobra decir que el paradigma del derecho privado moderno (13), el *Code*, Código Civil elaborado por encargo de Napoleón, no fue hecho por mujeres, pero ni mucho menos se escuchó su parecer. Tomás y Valiente explicaba que el fin de la codificación fue quizá la de “...fundamentar el orden social sobre la concepción individualista de la propiedad; para proteger una determinada concepción del matrimonio y de la familia...y finalmente plasmar en normas vigentes en el ámbito de la ‘sociedad civil’ una muy definida ideología acerca del estado y su acción en la esfera privada, y a propósito del individuo y de las relaciones sociales” (14).

El Código Civil francés creó una serie de conceptos nuevos, adaptó los conocidos y propuso sus propios ideales. La mayoría de la terminología jurídica actual que reconoce como antecedente el

(12) ESCRICHE, *Diccionario...op cit.* p. 457, nota 5

(13) La idea del Código como un paradigma en ASTUTI, Guido, *La codificazione del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984 y CARONI, Pio, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Barcelona, Marcial Pons, 1996.

(14) TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Códigos y Constituciones*, en: *Obras Completas tomo III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 1966.

derecho moderno, proviene del *Code*: una elaboración en la que muchos quisieran ver el derecho romano resucitado o los ideales revolucionarios pero la verdad es otra, es aquella en la que Napoleón modificó el mundo del derecho y sobre todo en el ámbito de la familia. Son bien conocidas las pretensiones napoleónicas en este sector ⁽¹⁵⁾.

El *Code* significó apertura respecto a temas como el divorcio y la adopción, aunque para nuestros ojos parezca conservador, por ejemplo el divorcio es planteado como un caso extremo en la solución del conflicto matrimonial ⁽¹⁶⁾.

Según Planiol y Ripert “El derecho consuetudinario suministró la mayor parte de las disposiciones sobre la incapacidad de la mujer casada, la potestad marital, la comunidad de bienes entre cónyuges...” ⁽¹⁷⁾ De hecho el codificador francés por muy liberal que fuera tenía una concepción poco feminista: “...la autoridad marital no se respeta más porque a través de una mayor libertad dada a la mujer se introducen nuevas formas y nuevo estilo en la sociedad...” ⁽¹⁸⁾

El *Code* no manejó un concepto de persona, es más, prefirió utilizar el de “ciudadano” (artículo 7) se pensaba en un “sujeto de derecho específico” concepto obtenido de la “naturaleza” como explicaba el proyecto del código de los franceses, que suponía una abstracción: género masculino, mayor de edad, blanco, alfabeto, con un patrimonio (aunque fuera mínimo) y un domicilio. Quién no entrara en este *status* ⁽¹⁹⁾ formaría parte de las excepciones, este era

⁽¹⁵⁾ Cfr. ECKHARD-THEEWEN, Maria, *Napoleons Anteil am code civil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991. El mismo *Traité élémentaire* de Planiol y Ripert, citado abajo en la nota 17, narra las pretensiones napoleónicas: Bonaparte no había tenido hijos con Josefina Beauharnais por lo que impulsaba tanto la adopción como el divorcio por mutuo consentimiento, logrando el segundo y el sucesivo matrimonio con María Luisa y el nacimiento del Rey de Roma; pp. 35 y ss.

⁽¹⁶⁾ Desde el primer proyecto de Cambaigères se entendía el divorcio como “remedio extremo” en el artículo 3 que pasó a ser el artículo 1 parágrafo II del decreto de 20-25 septiembre de 1792 sobre la materia.

⁽¹⁷⁾ *Traité élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, París, 1901, t.1, p. 34

⁽¹⁸⁾ Esta era la opinión de Pothier expuesta en el proyecto de 1800 en: FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil*, s.e., París, 1826, p. 464.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ALPA, Guido, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Torino, UTET, 1997,

el caso de la mujer: “En esta categoría (mujer) se cuenta: a la mujer casada, a la viuda no vuelta a casar, a la madre de familia. Debemos insistir en el hecho de que el Código de la “libertad” no fue el de la emancipación de la mujer. Cuántas expresiones todavía andan rodando por ahí, en nuestro lenguaje diario, que nos vinieron de una observación más o menos conciente de la mujer como lo quería el código napoleón: Sexo débil, la mujer en el hogar. La mujer no encuentra un lugar en la mesa de juego de la sociedad...A la sombra de su dueño y señor, se atrae las críticas de la sociedad si intenta salir de su condición. Le reprochamos entonces sus conquistas en un mundo (moderno) hecho por hombres. Procura emanciparse, evita a su familia y abandona el hogar y su función social. Lucha tenazmente por ganarse un lugar. La concepción que nos ha sido legada, de la mujer como un ser inferior; es pernicioso; esta misoginia - que se emparenta con racismo – es responsable de un autoritarismo reivindicado por el hombre como un privilegio innato” (20) Por eso Balzac enfatizaba que: “...le Code a mis la femme en tutelle, il l’a considérée comme une mineure, comme un enfant” (21)

El *Code* circuló por Europa, fue criticado en Alemania pero al final de cuentas se aceptó también su terminología quizá con alguna depuración (22); pasó a América Latina, en algunos casos literalmente, en otros muchos con adaptaciones, pero la mayoría de las veces se aceptó el concepto de persona que manejaba y los términos en que se hablaba de la mujer, la cuál por la sencilla razón de no ser

capítulo quinto. CAPPELLINI, Paolo, *Status, accipitur tripliciter*, en: *Annuario Università di Ferrara*, 1987, p. 29. ARNAUD, André-Jean, *Essai D’analyse structurale du Code Civil Français. La règle du jeu dans la pax bourgeoise*, París, L.G.D.J., 1973, pp. 59 y ss. Para Arnaud otros status serían el del menor, el vagabundo, el extranjero, etc., además agrega algunas relaciones entre status por decir el del “ciudadano” con la mujer en el matrimonio; o los hijos menores con la mujer en la herencia.

(20) ARNAUD, A. *op cit.*, p. 66.

(21) Citado por HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, PUF, 1996, p. 114.

(22) CAPPELLINI, Paolo, *Systema Iuris*, tomo I, Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 54 y ss.

parte ni de las legislaturas ni de la doctrina no pudo defender su posición sino hasta hace muy poco tiempo, cuestión que originó una confrontación dura y a veces radical (23).

4. *Persona Humana.*

A este punto queda claro que cuando encontramos en algún código civil el término “persona” no se está refiriendo a la persona humana sino como explicamos a un status que es del “burgués” (24) y aun con la contribución del Código civil italiano de 1865 de “persona física” no se modifica nada este status porque como explica Guido Alpa esta “...es la expresión empleada por los redactores del Código civil para indicar la gran partición de sujetos de derecho, que son “hombres” (“hombres y mujeres” como sugeriría precisar la diatriba terminológica) y los entes, que como ficción jurídica, tienen relaciones de derecho y obligaciones, siendo un agregado de personas y bienes” es decir que se distingue entre personas físicas y personas jurídicas o morales pero siempre con la idea de una abstracción, de una ficción, que con Kelsen alcanza cumbres insospechadas porque persona en términos kelsenianos es “...algo distinto al hombre” (25)

De algún modo la persona humana ha sido olvidada por el derecho privado y ha pasado a formar parte de las declaraciones de derechos humanos y de nuestras constituciones, sin una visión muy clara del concepto “ser humano”: “Si en la contraposición conceptual entre sujeto y persona descubrimos una inversión teórica, en base a la cual el impersonal comienza aportar modelos y medidas del personal, en la visión de la ley la generalidad y la abstracción no aparecen más solo como una de las posibilidades características, sino

(23) En los años 60's se comenzó el movimiento feminista en el campo del derecho, con las asociaciones de “mujeres juristas” en Italia, Francia y América Latina, movimiento que alcanza hasta nuestros días ahora con grupos como el de: “Mujeres magistrados” en Italia.

(24) Cfr. GUIBERT-SLEDZIEWSKI, E. *L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire*, en: *La Revolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou Ascandale?*, Actes du Colloque d'Orleans, 2 vols., 11-13 septiembre, 1986, París, 1988.

(25) ESPINOSA ESPINOSA, Juan, *Estudios de derecho de las Personas*, CONCYTEC/CIDDE, Perú, 1990, p. 87.

como la cualidad permanente y esencial de cada ley en cuanto ley. El impersonal pone las condiciones para afirmarse sobre el general y el general asevera el dominio del impersonal. Es en este juego de reenvíos recíprocos entre antropología y epistemología, que debemos buscar una de las llaves de lectura del derecho moderno.” (26) Lo que se buscaba era crear una institución: “persona”, que pudiera desempeñarse en varios papeles dependiendo su status y entonces adquiriría una “personalidad” pero en muchos casos se requería cierta “capacidad jurídica” que se adquiere con el nacimiento, por lo que un “no nacido” no es aún persona para la mayoría de códigos. Pero se agrega además que en algunos casos se requiere cierta “capacidad de ejercicio” por lo que la mujer en otros casos no goza de personalidad y por tanto no está incluida en el status “persona” sino propiamente en el de mujer “...una operación geométrica de extrema simplificación particularmente grave en el mundo de los sujetos, que queda reducido a un palcoscénico de personas: públicas o privadas” (27)

El sujeto jurídico en este caso sería uno con varios predicados explica Tarello “...en el cuadro de una conexión de la regla jurídica como proposición que conjuga a un sujeto jurídico y un predicado jurídico, es claro que el sistema jurídico de reglas sencillas, es aquél en el cuál el sujeto es único y los predicados son pocos” (28). Insistimos, el sujeto es el burgués, el predicado la mujer.

Ultimamente algunos proyectos de códigos civiles proponen el concepto de “persona humana” (29), la doctrina no es muy clara y se debate entre derecho público y privado (30), entre los derechos

(26) AMATO, Salvatore, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, G. Giappichelli editore, 1990, p. 134.

(27) GROSSI, Paolo, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, en: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no. 29, Milán, Giuffrè, 2000, p. 234. EL MISMO: *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

(28) *Storia della Cultura giuridica moderna 1, assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 37

(29) Proyecto de Código Civil de la Comisión creada por Decreto 685/95, Buenos Aires, 18 de diciembre de 1998. Este proyecto en realidad es una especie de proyecto de Código Privado, reúne el derecho civil y el comercial.

(30) Actos del congreso: *Persona e diritto, atti del Convegno interdisciplinare internazionale*, Udine, Missio, 1990.

humanos ⁽³¹⁾ y los derechos de la persona ⁽³²⁾, entre filosofía ⁽³³⁾ y práctica civil.

Es necesaria la unidad, por lo menos doctrinal, del concepto de persona humana, concepto que circula en constituciones pero también como hemos visto en los códigos civiles; concepto que a veces excluye algunos seres humanos, hoy en día no nos hemos puesto de acuerdo en el status del *nasciturus*, como en algún tiempo no eran personas los esclavos o los indígenas, y quizá, la mujer. Corremos el riesgo del que habla Leví-Strauss y del que no está tan lejos la ciencia jurídica: "...el fin último de las ciencias humanas no consiste en constituir al hombre sino en disolverlo" ⁽³⁴⁾

5. *La mujer mexicana.*

El primer Código Civil en México fue aquél "...para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca" de 1829, considerado como el primero de Latinoamérica ⁽³⁵⁾ si se tiene en cuenta que el de Haití y República Dominicana eran el *Code Civil* es más sin traducir. El Código Civil de Oaxaca dura algunos años y vuelve a ser puesto en vigor "al parecer" en 1852. También en 1827 se tiene noticias de un Proyecto de Código Civil en Zacatecas, y de un Proyecto de la parte primera de un Código Civil en Jalisco. Los tres trabajos parecen haber tenido enfrente al Código francés, sólo el Proyecto de Jalisco cita sus fuentes: el *Code* y los códigos de Zacatecas y Oaxaca. Entre 1833 y 1835 el gobierno de Guanajuato abrió un concurso para la elaboración de un Código Civil, al parecer no tuvo ningún resultado.

⁽³¹⁾ BARILE, Paolo, *Diritto dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984; DENNINGER, Erhard "Diritti dell'uomo e legge fondamentale" Torino, Giappichelli, 1998. DUFOUR, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire: droit, individu et pouvoir de l'école de droit naturel à l'école de droit historique*, París, Press Universitaires de France, 1991.

⁽³²⁾ ESPINOSA ESPINOSA, Juan, *Estudios de derecho de las personas*, CONCYTEC/CIDE, Perú, 1990.

⁽³³⁾ DEL VECCHIO, Giorgio, *L'"homo juridicus" e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, en: *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936.

⁽³⁴⁾ *Il pensiero selvaggio*, Milano, Il Saggiatore, 1964, p. 269.

⁽³⁵⁾ ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974.

Curiosamente a pesar del gran número de indígenas, no se hace ninguna excepción al concepto de persona. “todo habitante del estado...” dice el código de Oaxaca “Aquí en Oaxaca como en el continente, hay no solo diferencia de lenguas y culturas, sino también una división acentuada por una larga historia colonial, con una humanidad indígena usualmente mayoritaria y de costumbres propias, pues leyes no se les permite, tanto civiles como políticas..” ⁽³⁶⁾ nos dice Bartolomé Clavero. Sobre la mujer nada que no sea copia del *Code*, aunque el divorcio no es aceptado, sólo se prevee la separación del marido y la mujer con la prohibición de contraer nuevas nupcias.

En 1839 Vicente González Castro elaboró un proyecto de Código Civil que es más bien una Consolidación o Compilación del derecho entonces vigente, tanto este proyecto como las pandectas de Rodríguez de San Miguel consideran al matrimonio como un acto “sagrado” que se debe llevar acabo ante un párroco. La pregunta ahora sería ¿y porqué no sólo ante un parroco o ministro de culto? Mientras que algunos países como Italia se otorgan efectos jurídicos al matrimonio “religioso”, en México el liberalismo radical llevó a desconocer y en algunos casos hasta amonestar el matrimonio religioso con lo que ha originado en la realidad la celebración de dos actos separados que a veces implican cargas verdaderamente pesadas.

En 1860 aparece el Proyecto elaborado por Justo Sierra a petición de Benito Juárez, mismo que estuvo inmiscuido en los Códigos de su estado natal, Oaxaca. El Proyecto no pudo ser aprobado para el Distrito Federal pero sí para el Estado de Veracruz en 1861, en este mismo estado se presentó un nuevo proyecto elaborado por Fernando Corona, Presidente del tribunal supremo, que fue aprobado en 1868 por lo que el Sierra dejó de aplicarse, aunque se sabe que este nuevo proyecto no distaba mucho de su antecesor. El proyecto Sierra tiene como fuentes principalmente el *Code* y el proyecto español de García Goyena. La construcción jurídica en torno a la mujer se resume en su participación familiar y

⁽³⁶⁾ CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, p. 159

es clara una especie de “superioridad” codificada por parte del hombre.

Antes de la invasión francesa una Comisión estudia los trabajos de Sierra comienza a elaborar un proyecto que tiene listo en los días en que el ejército francés está acercándose a la Ciudad de México, pero contrarias a todo presagio las labores continúan ahora con la presencia material a las reuniones de Maximiliano, la Comisión primero y después de la intervención está conformada por: José M. Lacunza, Pedro Escudero, Fernando Ramírez y Luis Mendez; y es que el movimiento codificador es universal y no distingue regímenes políticos. Formalmente este sería el primer Código Civil Mexicano que tuvo una vida “efímera” como Código del Imperio pero que perduro en sus predecesores y que solo contó con dos libros. Sus fuentes: el *Code*, proyecto García Goyena y las leyes de Reforma.

En 1870 vuelve otra vez a la carga Juárez, esta vez lo consigue y promulga el proyecto Sierra con algunas modificaciones hechas por una Comisión integrada por Mariano Yañez, José María Lafra-gua, Isidro A. Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Eguía.

Más modificaciones al proyecto Sierra en 1884, y aunque en sí sólo son reformas del Código de 1870 se dice que es un nuevo Código. Esta vez se hace por encargo del presidente Manuel González con una comisión formada por: Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Miguel Macedo. La reforma más importante fue aquella por la que se introduce la libertad plena al testar según “los requerimientos de la época”. En cuanto a las fuentes no hay mucho que decir por lo ya expuesto, fuente única: el código Civil de 1870.

En todos estos casos, el tratamiento a la mujer no fue diverso que el que daba el Código de los franceses, las pequeñas diferencias fueron por la lucha entre la Iglesia y el Estado ⁽³⁷⁾, en cuestiones referentes al matrimonio, registro civil, al divorcio y la adopción; de todos modos los liberales buscaron la manera de hacer estas normas

(37) Cfr. TRAFFANO, Daniela, *Indios, curas y nación. La sociedad indígena frente a un proceso de secularización: Oaxaca, siglo XIX*, Otto editore, Torino, 2001. La autora cita ejemplos de la crisis que causó a nivel personal la institución del matrimonio civil que confundió a algunos dejándolos en la situación de pecado mortal lo que originaba confrontaciones entre párrocos y feligreses, p. 154 y ss. También: ZAHINO PEÑAFORT, Luisa, *Iglesia y sociedad en México, 1765-1800. Tradición, reforma y reacciones*, México, UNAM, 1996.

eficaces de manera rápida y sin tanta discusión, así nacieron las “leyes de reforma” por medio de las cuales pudimos asimilar parte del derecho moderno sin necesidad de esperar la discusión parlamentaria del Código. Las leyes de reforma que afectaron de alguna manera la situación jurídica de la mujer fueron las siguientes. *Ley de sucesiones por testamentaria y ab intestato* de 10 de agosto de 1857, *Ley de matrimonio civil* de 23 de julio de 1859, *Ley orgánica del registro civil* de 28 de julio de 1859.

De la Ley del matrimonio civil hemos extraído lo siguiente para darnos cuenta de la mezcla de ideas y conceptos, pero sobre todo de la noción que se tenía en la época de la mujer: “Que los casados deben ser y serán sagrados el uno para el otro, aun más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entregue a él, y cuando por la sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, le perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo” (38)

En la parte inicial del Código Civil de 1928, es decir, en la Exposición de Motivos, el legislador siguió nuevamente los pasos de otros legisladores y tratadistas “europeos” según explica, y aunque un nunca hace referencia a un autor en especial, hemos localizado la fuente. En estas líneas el codificador mexicano copia las palabras de un teórico italiano, Francesco Cosentini (39), considerado parte del

(38) Las Leyes de Reforma son conocidas por su tendencia liberal, mandadas hacer por Benito Juárez sirvieron de programa de gobierno a Lerdo de Tejada quién fuera presidente de la república mexicana del 19 de julio de 1872 al 20 de noviembre de 1876 en lo que se conoce como la segunda república.

(39) “Dentro de las publicaciones en America Latina se encuentran: 1870, *Código Civil pan-americano, titulo preliminar, derechos personales derecho de familia. Resumen y aplicación del curso de “derecho civil americano comparado” dictado en la Universidad de la Habana, a petición de esta síntesis y reforma de las legislaciones civiles americanas, La*

socialismo jurídico italiano, encontró un acogiente público latinoamericano, impartió lecciones de derecho de las personas y familia en Cuba y México, su teoría se conoce como la: “socialización del derecho” Cosentini y por tanto el Código de 1928 dicen que: “Socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico, al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra” (40) Así en México, socializamos nuestro derecho y entonces la mujer existió.

Sobre la mujer expresamente nuestro legislador logró: equiparar “la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que esta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos” No pensemos que esto ocurrió hace siglos, muchas de nuestras abuelas estuvieron excluidas de todos los derechos que ahora se citan: “Como consecuencia de esta equiparación se dio a la mujer domicilio propio; se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de estos. Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria, o dedicarse al comercio...La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo...tiene derecho a pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente”

Y no es todo, la mujer estaba impedida para ser tutriz, fiadora,

Habana, Vox Populum, 1929; *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Madrid, F. Beltrán, s.f.; *Declaración de los derechos y obligaciones civiles de la mujer: proyecto para la protección de la mujer y del hogar*, Instituto Americano de Derecho y Legislación comparada, 1930”.

(40) Los dos mismos párrafos son citados en español por Castán Tobeñas en su Oposición a Cátedras en la Universidad de Murcia en 1918, en: SERRANO GONZALEZ, Antonio, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Universidad de Valencia, Valencia, 2001, p. 281

testigo en testamento, albacea o madataria. Pasaba del fuero paterno al conyugal, aun cumpliendo la mayoría de edad.

Lo sorprendente no es que estos derechos hubieran sido reconocidos a raíz de una lucha del movimiento feminista, como asegura el legislador, sino que sigamos considerando que sin esta declaración legal la mujer no tendría derechos. Mucho nos afanamos en reformar nuestra constitución primero para dar cavida a la mujer, hace poco paradar cobijo al indígena; ambos, ahora, “sujetos jurídicos” pero como personas han existido siempre; y con y sin, declaración política o Código Civil han logrado llevar a cabo su vida privada con más o menos altibajas, mientras nosotros nos afanamos por reconocerlos y darles el visto bueno desde un escritorio. Mejor sería involucrarlos y conocerlos. Lo que no quedó reconocido en 1928 se fue sumando durante el siglo a través de reformas.

Los artículos que hablan de la mujer en el código civil son de diversa índole ⁽⁴¹⁾ el más importante sería el artículo 2: “La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles” la aclaración no requerida al codificador hizo explícita la omisión que existía, como ya dijimos, el Código de 1928 intentó subsanar los olvidos voluntarios de la influencia napoleónica. Sobre

(41) En materia civil estudian el Código y la situación de la mujer, juristas como: PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat, *Las jóvenes mexicanas: un estudio general con base en el informe de México para la IV conferencia mundial sobre la mujer*, en: Boletín Mexicanas de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, no. 104 mayo-agosto, 2002 (DE, 31 de mayo de 2002 <http://w.w.w.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/104/art/art5.pdf>). *La violencia contra la mujer: un acercamiento al problema*, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, no. 103 enero-abril, 2002 (DE, 31 de mayo de 2002... <http://w.w.w.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/103/art/art1.pdf>) BREÑA SESMA, Ingrid, *Derechos del hombre y de la mujer divorciados*, (<http://w.w.w.bibliojuridica.org/libros/1/62/tc.pdf>) *Reformas al Código Civil en materia de matrimonio*, en: Revista de Derecho Privado, no. 1, México, 2001 (DE, 30 de mayo de 2002, <http://w.w.w.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>) También: GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil*; MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio Tomás, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*; MONTERO DRHALT, Sara, *Derecho de Familia*; CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., *Convenios Conyugales y Familiares*, Porrúa, 1991, *La Familia en el Derecho: Relaciones Jurídicas conyugales*, Porrúa, 1990.

el derecho a la maternidad los artículos 60, 63 y 98 son de reformas al Código en los años 70's; en la mayoría de los países de sistema europeo imperaba el principio de la autoridad marital del hombre (42) era obvio que el hijo era de una "tal madre" por eso no se especificaba nada, no obstante con las fijaciones del Código se excluyeron derechos que después tuvieron que ser introducidos a manera de parches. Esponsales a los 14 años el artículo 140, edad para contraer matrimonio 148 y 149. 158 es el *tempus lugendi* o *turbatio sanguinis* (43) solo después de 300 días de la disolución del matrimonio anterior la mujer podrá casarse, disposición antiquísima que piensa en evitar las confusiones en la paternidad en caso de un embarazo; con los avances de la ciencia y la igualdad propuesta por el artículo 2, el 158 es un caso de influencia ineficaz. Los artículos sobre la igualdad en el matrimonio en cargas y derechos son de reforma de 1974. Un artículo que habla sobre la autorización para disponer del patrimonio propio en el 172 es de reforma de 1983 (no hace tanto tiempo), muchos otros artículos sobre las relaciones del marido y la mujer entre el 177 y el 245. El divorcio apartir del 263, alimentos en el 308, conflicto con el reconocimiento de hijos por parte del padre en el 325 y siguientes y últimamente se agregaron enmiendas sobre violencia familiar, derechos de la mujer menor. Y ya que existen todos estos parches no estaría nada mal otro sobre una de las personas en la última posición de la escala social: "la mujer indígena" que como explicaba Jairo Agudelo (44) en la conferencia sobre *Identidad Indígena* (45) "...es denigrada doblemente primero como mujer y después como indígena"

6. *Una conclusión por caso.*

Los romanos elaboraron una ley la Lex Iulia de Adulte-riis (46), pensando en una mujer, Julia y contra todas las mujeres que

(42) GUARINO, Antonio, *Vita e diritto*, Salerno, Mauro editore, 1966, p. 124 y ss.

(43) GUARINO, A. Op cit. p. 157

(44) Miembro del foro de derechos humanos de la Universidad de Pavia

(45) Florencia 22 de mayo del 2002.

(46) MALDONADO DE ELIZALDE, Eugenia, *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del emperador César Augusto*, en: Anuario Mexicano de Historia del Derecho

por naturaleza, decíase por parte de los senadores romanos, tenían la tendencia a ser adúlteras. A Julia la exiliaron y murió en el exilio, a las mujeres las estereotipamos y hasta hace muy poco comenzamos a entender que podríamos estar en un error. Ihering reflexionaba acerca del control que sobre el derecho parece ejercer por quién resulta vencedor de una cierta lucha. Entre hombre y mujer es claro, que el hombre era el vencedor, pero en estos días ya no está claro. No proponemos una confrontación de géneros, sería mucho más productiva una cooperación.

La discusión sobre los derechos de la mujer tiene que comenzar con la discusión sobre los derechos de la persona, en un diálogo entre iuscivilistas, iuspublicistas, historiadores del derecho y filósofos, que alcance codificaciones, sistemas de protección de los derechos humanos y constituciones. Que no se excluya a ninguna persona por carecer de patrimonio, lucidez o edad. Es un diálogo que por fuerza nos llevará a autodefinirnos y que se extenderá al indígena y al *nasciturus*; con el primero será mejor que nos proponga el mismo quién es, con el segundo lo tendremos que hacer por él, porque carece de voz.

Debemos empezar con una definición antropológica, porque el derecho debe regular la realidad y no sujetos abstractos sin rostro.

Hombre y mujer son complementarios, son dos partes componentes de un ser llamado humano al que los juristas debemos estar abocados para facilitarle una vida tranquila en la que pueda ejercer sus derechos.

vol. XIV, 2002 (DE, 30 de mayo de 2002, <http://w.w.w.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/14/dr/dr13.pdf>)

Lecture

DANIELA LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime* (Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie; 34), Bologna, il Mulino, 2001, pp. 513.

La veste formale e solenne del *matrimonio* affermata dal Concilio di Trento e la variegata prassi dei *matrimoni* (sostenuti da una molteplicità di riti nunziali presenti nei costumi locali) si sovrapposero e si confusero ancora a lungo dopo il Concilio. L'intreccio tra il singolare e il plurale rappresenta il filo conduttore del volume dedicato da Daniela Lombardi, con intitolazione sintetica ed efficace, ai *Matrimoni di antico regime*. La scelta del plurale è felice perché segnala al lettore l'intento di rifiutare una storia del matrimonio come scontata esposizione di un unico e lineare percorso; è felice perché evoca immediatamente una pluralità di presenze che non furono repentinamente sconfitte dal modello tridentino e, anzi, lo condizionarono in modo consistente. I *matrimoni* di antico regime affiorano dalle prassi di elisione del nuovo modello, dalla sua variegata introiezione nella coscienza dei protagonisti dei processi, dalle sfumature del discorso giuridico: oltre l'apparente unicità del matrimonio cristiano, emerge — anche dopo il Concilio di Trento — un'ampia “commistione di vecchio e di nuovo”, una sovrapposizione di vecchi e nuovi riti.

Le fonti indagate sono quelle offerte all'Archivio arcivescovile di Firenze lungo l'arco di tre secoli, dalla fine del XV alla fine del XVIII secolo ⁽¹⁾. Il racconto del singolo processo, il richiamo alle vicende dei suoi protagonisti, l'attenzione per il singolo evento che la documentazione archivistica permette di illuminare, caratterizzano l'intero percorso del volume; è importante però precisare che tale sguardo ravvicinato alle fonti processuali non ha spinto l'Autrice verso la tanto frequente quanto banale contrapposizione tra *la realtà* delle pratiche evidenziate dalla documentazione archivistica e *l'astrazione* delle ricostruzioni giuridiche. Consapevole che comunque il processo non svela l'intera realtà dei fatti, l'Autrice ricerca nei documenti soprattutto indizi per ricostruire una mentalità (per mettere a fuoco il “modo di sentire e di vivere eventi fondamentali della vita di un individuo e della comunità

⁽¹⁾ Crescente è l'attenzione degli storici italiani verso i processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici, come testimoniano i seminari dedicati al tema dall'Università di Trento e le numerose ricerche in corso. Si veda S. SEIDEL MENCHI, *I processi matrimoniali come fonte storica*, in S. SEIDEL MENCHI-D. QUAGLIONI (a cura di), *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo* (Annali dell'Istituto storico italo germanico. Quaderno 53; I processi matrimoniali degli archivi ecclesiastici italiani, I), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 15 e ss.

di appartenenza”) (2); indizi che non possono che trasparire, oltre che dalle regole interne ai processi studiati, dalla complessiva trama del discorso giuridico e dalla sua carica deontica in tema di matrimonio. Il superamento della contrapposizione tra *norme e pratiche* (“l’intento — scrive l’Autrice — è quello di mettere in luce i diversi livelli di mediazione messi in atto dai giuristi e dagli operatori dei tribunali, evitando di contrapporre norme e pratiche”, p. 14) fa sì che il racconto del singolo fatto processuale si intersechi con le interpretazioni dei giureconsulti, arricchendosi e colorandosi diversamente. Il confronto tra il racconto processuale e la mentalità dei giuristi (un confronto che in alcuni punti del lavoro avrebbe potuto forse essere più serrato) rappresenta agli occhi dello storico del diritto l’aspetto più riuscito di un libro che, travalicando le vicende matrimoniali nel contesto dell’archidiocesi di Firenze, riesce ben ad illustrare l’ambizioso oggetto di studio prospettato dal titolo.

Cogliere il plurale del matrimonio in antico regime significa osservare con occhiali diversi alcune *zone grigie*; istituti formalmente espulsi dalla costruzione giuridica del singolare, ma essenziali per comprendere *i matrimoni* di antico regime. In questo più ampio quadro la completezza e la forza attrattiva del modello normativo ‘unico’ si stempera, facendo emergere un assetto più composito. Prima del Concilio di Trento, le pratiche sociali (e le ricostruzioni giuridiche) in tema di promessa di matrimonio, di ratto, di stupro costituivano parti integranti di variegati procedimenti costitutivi di matrimoni che non presupponevano un modello formalizzato di riferimento. Anche dopo il Concilio, quelle pratiche continuarono ad affiancare e ad integrare il nuovo modello matrimoniale: il linguaggio, le strategie processuali, i riti nuziali e i costumi della comunità testimoniano come l’affermazione del matrimonio tridentino fu sorretta, più che dalla sua capacità di imporre una netta rottura con il passato, dalla sua capacità di convivere con pratiche matrimoniali differenti.

I sottili confini che nella società di antico regime dividono il *matrimonio* dai *matrimoni*, sono resi espliciti attraverso una serie di strategie narrative che finiscono con l’insistere su alcune dicotomie strettamente connesse tra loro. Provo a richiamare le principali opposizioni evocate: *segreto/pubblico*; *incertezza/certezza*; *libertà di consentire (e di non consentire) al matrimonio/variegati strumenti di ‘coazione’ al matrimonio* (dall’alternativa tra la scelta matrimoniale o la monacazione, il carcere, la scomunica, alle più sofisticate strategie volte ad imporre un’interiorizzazione della scelta); *norme ecclesiastiche/regole consuetudinarie locali*; *matrimonio formale/ matrimonio informale*; *libertà di scelta*

(2) “nelle deposizioni dei testimoni dobbiamo cercare riferimenti puntuali non tanto alla dinamica dei fatti, quanto al modo di sentire e di vivere eventi fondamentali della vita di un individuo e della comunità di appartenenza” (p. 147/148).

dei nubendi/ autorità dei padri. Sullo sfondo si agitano grandi e noti temi: quello, ad esempio, dei matrimoni clandestini, della pubblicità del matrimonio, del ruolo giocato dai padri e dalle famiglie per controllare i matrimoni disuguali. La scelta tridentina non riuscì a tagliare con la spada tutti i nodi; i percorsi storici di ogni opposizione mostrano infatti intrecci più che nette distinzioni, bruschi passaggi da un modello all'altro.

Il contrasto che — più di altri — mostra resistenze e adattamenti sino a racchiudere in sé una sintesi delle altre contrapposizioni è quello 'temporale': il Concilio di Trento afferma un matrimonio concentrato in un unico momento, un *matrimonio istantaneo*, formalmente focalizzato sullo scambio del consenso. L'istantaneità di questo matrimonio si oppone ad una mentalità sino ad allora caratterizzata da una scansione temporale progressiva del matrimonio, da un lento *farsi del matrimonio*, considerato come un *processo a tappe*. Racchiudendo la formazione del matrimonio nella sola scelta consensuale circondata da una serie di cautele formali, il matrimonio istantaneo si oppone a percorsi di costruzione dei matrimoni fondati su una scansione temporale 'lenta' ben radicata nella mentalità e ben sostenuta da un flessibile strumentario giuridico. Il Concilio di Trento sostituì dunque la "dilazione dei tempi" con "la concentrazione in un unico momento, quello dello scambio del *consenso de presenti*".

Se intesa in modo troppo netto, se intesa quasi come una contrapposizione tra l'astratto modello voluto dal Concilio e le prassi preesistenti, tale opposizione rischia di essere fuorviante. L'opposizione tra una logica di perfezionamento 'istantaneo' del matrimonio e una sua formazione progressiva non è inventata infatti dal Concilio. I matrimoni clandestini, in fondo, erano un'affermazione estrema dell'istantaneità del matrimonio (e della sua logica consensuale) in perenne contrasto con la visibilità di un percorso lento di formazione del matrimonio voluto (spesso imposto) dalle famiglie e dalla comunità. L'accertamento sempre controverso della veridicità del consenso rappresentava un permanente punto di crisi: la progressività di formazione dei matrimoni e il riferimento ad una sua sempre incombente istantaneità consentivano interpretazioni che affrontavano le contrastanti esigenze di ogni singolo caso sovrapponendo coazione e libertà di scelta, ineluttabilità dell'adempimento contrattuale e punti di fuga. Fondendo assieme concentrazione e certezza del matrimonio, la scelta del Concilio mirò proprio a risolvere tale dilemma.

Comunque sia, l'intero percorso che l'Autrice ci propone fa emergere come l'opposizione tra istantaneità del matrimonio e farsi del matrimonio restò molto tenue anche dopo il Concilio: nelle scelte processuali, nelle strategie dei soggetti di fronte alle regole e nella pluralità delle interpretazioni dei giuristi, l'opposizione svanisce. Caratterizzata com'era da una "percezione del matrimonio (...) profonda-

mente radicata non solo nella cultura 'bassa', ma anche nell'antica dottrina della Chiesa" (p. 231), la costruzione *lenta* del matrimonio riesce a intersecarsi e a convivere con il modello di concentrazione formale del matrimonio.

A questa lunga convivenza guarda l'Autrice per rispondere a una serie di interrogativi che avvolgono la questione dei matrimoni in antico regime. La valorizzazione della libertà e dell'autonomia dei figli, ad esempio, è solo apparentemente esaltata dalla certificazione solenne di una volontà libera dichiarata nel rispetto di determinate forme. Al di là dell'esile certezza voluta dal Concilio, è infatti l'intreccio tra le interpretazioni, tra il matrimonio come processo e il matrimonio concentrato in un unico momento che continua a segnare il grado di libertà dei figli. Fissare l'attenzione sulla sola certezza voluta dall'assetto tridentino, sulla sola garanzia di un consenso libero perché racchiuso in una forma, non ci aiuta a comprendere se la libertà di scelta dei figli crebbe dopo il Concilio di Trento. Focalizzare l'attenzione sulla centralità del consenso al matrimonio, intervenire con il bisturi a tentare di districare l'autenticità di quel consenso libero, non aiuta molto, insomma, a risolvere la questione della valorizzazione della libertà dei figli, così come non aiuta molto a comprendere i percorsi matrimoniali di antico regime.

Un tale approccio si rivela nel corso del lavoro particolarmente fecondo, soprattutto perché non si lascia abbagliare dalla ingannevole semplicità della costruzione giuridica del matrimonio (al singolare) posta lì a risolvere una volta per tutte le incertezze collegate al *farsi dei matrimoni*. La scelta per il matrimonio *formale* imposta a Trento dice infatti pochissimo riguardo alla valorizzazione del libero consenso. Nelle ricostruzioni dei giuristi quel consenso si presenta 'libero' in modo così ovvio scontato necessario naturale, da rendere quasi impossibile una sua disamina effettiva, un'effettiva valutazione del suo peso. Attraversato com'è da venature di indubbia rilevanza pubblicistica, il consenso al matrimonio non è sottoponibile al regime ordinario dei vizi del consenso, non è abbattibile lasciandosi andare a sottigliezze psicologiche. Se si focalizza in particolare l'attenzione sul consenso della donna al matrimonio, si nota che la donna disegnata dai giuristi vuole sempre il matrimonio, desidera come tutela e certezza di vita l'orizzonte matrimoniale: una naturale vocazione la spinge a prestare sempre il consenso al matrimonio, a consentire non a *quel* matrimonio, ma ad una istituzione di cui quel matrimonio è solo il simbolo (una certezza che, sia detto per inciso, è stata mantenuta nel lunghissimo periodo proponendo l'aberrante accostamento del matrimonio come 'naturale' riparazione di una violenza sessuale). La scelta del matrimonio esalta e semplifica, dunque, l'analisi del consenso entro un modello puro collocato così in alto da rendere inaccessibile un'adeguata percezione.

Tale propensione dei giuristi ad un'interpretazione isolata (pura) del consenso matrimoniale aiuta forse a comprendere come mai il

tentativo di soluzione concreta del dilemma tra concentrazione e dilazione temporale del matrimonio offerta dal Concilio di Trento non fece altro che spostare le questioni dubbie a lato del matrimonio solenne e formale. Isolato nella sua purezza *il matrimonio*, le dispute riguardo ai *matrimoni* non scomparivano.

Andando oltre l'enfasi posta sulla libertà di consentire al matrimonio, la questione della libertà dei figli si pose nella zona di confine tra il matrimonio e i matrimoni. La difficoltà principale (il confine più difficile da tracciare) appare quella di "considerare promessa e matrimonio come due istituti diversi, separati l'uno dall'altro" (p. 125). Se la raggiunta formalizzazione del matrimonio favorisce una diminuzione di conflittualità riguardo all'esserci del matrimonio, se riesce a districare (con il requisito della pubblicità) i legami tra matrimonio e matrimoni clandestini, resta comunque difficile isolare completamente il matrimonio dai suoi legami con la promessa. Una volta dichiarata la purezza del libero consenso al matrimonio, una volta fissata la certezza riguardo a un istante, il terreno di scontro non si elimina ma si sposta: dopo Trento infatti la conflittualità matrimoniale concerne soprattutto la promessa disattesa.

È dunque la promessa, come espressione di un farsi del matrimonio, il nuovo terreno di conflitti. Il riferimento alla promessa (il richiamo al suo perfezionamento realizzatosi con la copula) permane anche dopo il Concilio, creando intrighi teorici e commistioni pratiche. Il principio di libertà del matrimonio riesce per questa via a confondersi con una coazione al matrimonio, in un confronto che mira a far confluire il riferimento al consenso libero (concentrato) entro il vasto mare di un consenso libero perché espressione di una serie di atti necessariamente collegati tra loro.

Una figura che consente di verificare bene questi incroci teorico-pratici è sicuramente quella dello stupro preceduto da promessa di matrimonio. Emerge con nettezza su questo punto il perdurare del contrasto tra la costruzione fondata sulla libertà del matrimonio e le pratiche volte a sostenere il carattere obbligante della promessa. Il richiamo alla promessa (quando alla promessa è seguito un rapporto sessuale) fa sì che, con il sostegno della comunità, sia possibile attivare 'coattivamente' il matrimonio, il matrimonio inteso come tutela. È difficile ovviamente coniugare libertà e coazione al matrimonio; la difficoltà, in realtà, è veramente tale solo se l'istantaneità del matrimonio è assolutizzata, isolata temporalmente dall'antecedente farsi del matrimonio. La presenza della promessa è ancora utilizzata invece per aggirare la concentrazione temporale e per imporre il matrimonio: la violazione della libertà di scelta è negata semplicemente invocando una sequenza temporale differenziata, affermando che la libertà del consenso è stata spesa in atti antecedenti al matrimonio solenne, nelle strategie poste in essere dagli amanti per giungere alla stipulazione. L'imposizione del matrimonio allo stupratore che lo abbia promesso

vero et sincero animo è resa possibile indagando nelle volizioni, scandagliando la sincerità della promessa, valutando caso per caso l'onestà delle volizioni, l'assenza di disonestà indegne della protezione matrimoniale. In ogni caso la libertà del matrimonio è comunque considerata andando necessariamente al di là del momento formale e solenne. Gli autori della Seconda Scolastica valutano, ad esempio, la visibile disparità di condizioni per accertare un progetto disonesto, per appurare attraverso quello spiraglio un'eventuale falsità della promessa. Verificata l'onestà del consenso (la verifica, in realtà, è volta ad appurare la tenuta dell'onestà della donna, indagando se fu ingannata dalla promessa solo perché intendeva essere ingannata), è possibile conciliare modalità diverse di perfezionamento del matrimonio, è possibile cioè tornare ad affiancare coazione al matrimonio e libertà. Più che come una scelta di libertà collegata alla formale solennità di un momento, il matrimonio continua ad essere presentato come una protezione, come una tutela per la donna che risulti *veramente* onesta.

Il matrimonio può così ancora presentarsi come pena ⁽³⁾, come necessario adempimento in forma specifica dell'obbligazione: la presenza della promessa è in ogni caso giocata per far emergere l'ingiustizia generata dall'interruzione di un matrimonio 'iniziato'. I mutamenti che segneranno tale relazione tra matrimonio e matrimoni si legheranno nel lungo periodo non tanto all'incompatibilità logica tra coazione al matrimonio e libertà di scelta, quanto a una diversa valutazione della meritevolezza da parte della donna della tutela matrimoniale, a un complessivo mutamento di lettura del consenso femminile. Inizialmente propensi a racchiudere ogni sfumatura di carattere soggettivo in un mero richiamo ad una presunzione di onestà della donna (e dunque disposti ad accordare sempre una coazione al matrimonio legata alla presenza di uno stupro qualificato dalla promessa: *Virgo spe matrimonii fuerit seducta*), i giuristi divengono sempre più attenti alla verifica dell'onestà del consenso della donna: la riparazione matrimoniale — l'imposizione del matrimonio — non appare più collegata in modo oggettivo a una promessa di cui la donna è semplice vittima.

A fronte di questo quadro è importante che l'Autrice abbia scelto di raccontarci i matrimoni di antico regime mostrandoli attraverso il velo che interseca la solennità del matrimonio tridentino con pratiche in cui il *farsi* del matrimonio traspare dai processi per stupro, da strategie processuali in cui si sovrappongono accuse di stupro violento con

⁽³⁾ "Stuprator ... precise stupratam ducere cogatur, quando ei matrimonium promisit, et puella sub spe matrimonii promissi in concubitus consentit", B. CARPZOV, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium (partes)*, Wittemberg, 1695, pars. II, q. 68, n. 91; "si stuprator induxit mulierem spe futuri matrimonii ad peccatum non condemnatur cum alternativa, sed precise cogitur ad puellam stupratam ducendum..." G. D. RINALDI, *Observationes criminales, civiles, et mixtae*, Venezia, 1699, II, cap. XXIII, n. 66 e n. 78.

accuse di stupro qualificato da seduzione, racconti delle parti in cui “scene di violenza si alternano a dichiarazioni d’amore” (p. 338). Al centro del gioco probatorio continua ad esserci il consenso della donna, la meritevolezza di una tutela difficile da imprigionare repentinamente in una scelta matrimoniale formale e solenne. In antico regime *il matrimonio* è visibile solo dipanando un groviglio di tensioni soggettivistiche (volte ad esaltare la purezza della scelta matrimoniale) e di perduranti richiami ‘oggettivi’ (presenti in istituti ancora insensibili alla centralità delle volizioni del singolo).

È nel “Settecento riformatore”, “un Settecento percorso da forti mutamenti sul piano dei rapporti tra i sessi e dei diritti che li regolano” (p. 447), che parte del groviglio pare districarsi. A fronte di un affermarsi “di una sociabilità giovanile fortemente promiscua, libera ad aprirsi a luoghi e forme conviviali prima sconosciute ai ceti più popolari”, si sviluppa un progetto congiunto tra Stato e Chiesa di lotta contro i matrimoni disuguali; un progetto che porta a rivedere in particolare l’incidenza sul matrimonio della promessa e della variegata normativa sullo stupro. Lo stupro e la promessa sono progressivamente distaccati dal matrimonio (nel corso del Settecento l’obiettivo viene perseguito soprattutto cercando di isolare nell’ampia figura dello stupro un’unica fattispecie rilevante penalmente: lo stupro commesso con violenza *effettiva*). Il compiuto distacco delle nuove figure dal matrimonio si avrà solo in seguito, “ma le basi della rottura con il diritto canonico pre e post-tridentino sono poste nel corso del Settecento sotto la spinta dei mutamenti intervenuti nei rapporti tra i sessi, anche se l’obiettivo non era quello di valorizzare la scelta individuale, bensì di rafforzare il controllo dei padri di famiglia e degli uomini di chiesa. È in questo secolo che la Chiesa cattolica è stata percorsa da profondi fermenti innovativi, non in contrapposizione con i poteri secolari, ma anzi in sintonia con essi” (p. 453).

L’*isolamento* del matrimonio implica nel corso del Settecento lo smantellamento delle strutture di protezione collegate ad una concezione ‘a tappe’ dei matrimoni: il rinnovato riferimento di una centralità del consenso matrimoniale porta alla progressiva eliminazione delle figure giuridiche che turbavano la purezza del matrimonio. Contestando elementi essenziali del farsi del matrimonio (attaccando, ad esempio, il costume di considerare lecito il rapporto sessuale quando coronato da successive nozze), facendo saltare progressivamente i ponti tra matrimonio e protezioni penali accordate all’onestà (presunta) della donna, la scelta tridentina è resa più coerente. La centralità della libertà del consenso al matrimonio resta però ingannevole; non a caso le trasformazioni in tema di promessa e di stupro ben si inserivano in una rinnovata strategia di controllo da parte delle famiglie sulle scelte matrimoniali dei figli. L’attacco settecentesco all’inadeguatezza delle leggi sullo stupro conclude un lungo itinerario soggettivistico volto a porre in evidenza la libertà di con-

sentire al matrimonio, ma mostra anche quanto difficile fosse l'affermazione di quella libertà al di fuori del chiuso recinto dell'ordine imposto dalle famiglie. La *vera* purezza, la *vera* onestà della scelta matrimoniale restano elementi ancora da ricostruire, da inventare. Quello che appare certo a partire dal Settecento è che il matrimonio *istantaneo* deve essere accompagnato da una precettistica volta ad educare il libero consenso. Non più l'ordine che si impone ai singoli, ma i singoli che liberamente lo scelgono (e i singoli, se ben educati, non possono che scegliere un ordine conforme all'interesse delle famiglie). Si profila un nuovo modello di onestà più adeguato alle sensibilità soggettive del moderno.

Le pagine del canonista napoletano Francesco Maria Muscettola (raccolte nel 1742 a Napoli con il titolo: *Dissertatio theologico-legalis de sponsalibus et matrimoniis quae a filiisfamilias contrahuntur parentibus insciis vel juste invitis*) sono presentate dall'Autrice come particolarmente espressive della nuova strategia. La polemica contro "il fare all'amore" si traduce in una pedagogia della vera libertà: la vera libertà è quella che non turba la quiete delle famiglie, quella che non procura scandali e inimicizie; la vera libertà in riferimento al matrimonio è quella che non usa studiate strategie, non mira all'ottenimento della dote e alla precostituzione per gradi di un matrimonio. La vera libertà è quella che si costruisce in riferimento ad un ordine che, oramai, rifiuta la semplicistica considerazione della donna come vittima sempre degna di protezione; un ordine che si oppone alle astute strategie matrimoniali poste in essere contro il *decoro delle famiglie*. Anticipando gli orientamenti della legislazione statale tardo settecentesca in tema di stupro, Muscettola "invita i giudici a non lasciarsi commuovere dalle lacrime ingannatrici delle presunte sedotte e a valutare attentamente gli effetti devastanti, per il 'decoro' delle famiglie nobili, che tali matrimoni indegni inevitabilmente provocano" (p. 380).

La costruzione interiore della libertà di scegliere il matrimonio compie per questa via un ulteriore passo in avanti solo in quanto, liberandosi dal fardello di protezioni legate al farsi del matrimonio, aiuta a rendere più lineari i rapporti tra istituti giuridici. Il progressivo raggiungimento di un isolamento formale del matrimonio non impedisce che fittissimi restino i nessi tra la rivendicazione di purezza di quell'istituto e le pressioni della comunità, la mentalità, le variegate strategie di costruzione dell'ordine delle famiglie. Una questione questa che è, d'altronde, ben percepibile spostando appena lo sguardo dal momento della formazione del matrimonio a quello della sua ordinaria vita istituzionale in cui il tema della libertà si attenua sino scomparire del tutto.

Sempre più segnata dallo smantellamento delle tutele giuridiche collegate al farsi del matrimonio (e dalla difficilissima affermazione di forme di tutela collegate alla centralità teorica della libertà del consenso), la dialettica tra *matrimonio* e *matrimoni* resterà a caratterizzare i costumi del XIX secolo. Molte costruzioni di antico regime continue-

ranno a segnare il matrimonio (al singolare) ambiziosamente proteso a porsi nella sua purezza formale come unico modello di riferimento. Si sa però che la purezza (o quantomeno quella invocata dai giuristi) è sempre inafferrabile; essa infatti è costantemente chiamata a confrontarsi con la sanguigna varietà del mondo e a mutare con essa. Lo dimostra l'intricata articolazione dei matrimoni di antico regime, così come a mostrarlo è, nel presente, il ritorno di grandi interrogativi sulle interazioni tra diritto e famiglia che impone ai giuristi di comprendere la diversità dei costumi (la presenza di matrimoni al plurale) al di fuori di rigidi modelli precostituiti (4).

GIOVANNI CAZZETTA

EDUARDO MARTIRÉ, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación americana*, Instituto de Investigaciones de historia del Derecho, Buenos Aires, 2001

1. ¿Podemos entender 1808 como la versión nacional del 1789 francés? Esta interrogante, tan previsible por cierto, puede asaltar a cualquiera que consulte un catálogo bibliográfico en el que se testimonia la publicación de una nueva obra de E. Martiré. En otro orden de cosas, ese hipotético lector de análisis comparados también podría esperar de 1808, entendido ahora como pieza historiográfica, que fuera una suerte de vertido hispánico en el molde historiográfico que ofrece el emblemático libro de G. Lefebvre.

La mera existencia de esta obra obliga a aclarar desde un principio una cuestión: 1808 no versa sobre (el año) 1808. Muy por el contrario, esta fecha sólo es relevante a los efectos de poner fin a un proceso del que sí da cuenta 1808, el cual se ve a sí mismo como una interpretación de una serie de elementos que se formularon y mantuvieron en y a lo largo de los casi tres siglos que precedieron a tan controvertida fecha: 1808 es, pues, un libro que versa sobre el Antiguo Régimen en la América Hispánica. E. Martiré nos lo advierte en la portada — que no en la cubierta — de su obra: Su interés se centra en localizar y analizar “la clave” de la emancipación americana, no en su descripción. Repárese en que, desde un primer momento, el autor ha renunciado a lo que de genérico tienen los plurales para apostar por un singular combinado, sin duda arriesgado: No hay sino una “clave” y una “emancipación americana”. Retenga el lector este dato, porque es más importante de lo que pueda en un principio parecer.

(4) Utile a tal proposito è la lettura di Francesca BRUNETTA D'ESSEAUX e Antonino D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, Giuffrè, 2001, collana l'Alambicco del comparatista, diretta da Maurizio Lupoi.

Y ya para finalizar con las aclaraciones respecto del título: *1808* es, también como dice su autor, un “ensayo”, una interpretación basada en lecturas ajenas pero, sobre todo, en un *convencimiento* producto de una extensa y sólida experiencia historiográfica propia. *1808* podría entenderse por su fácil lectura como un libro de alta divulgación; no obstante, prefiero calificarlo de otra manera: Esta obra es una síntesis valorativa — una de las posibles —, de la fértil trayectoria investigadora de un apasionado americano — que no americanista sólo —, en la que, con excelente pluma y gran capacidad argumentativa, pretende elevar la por él mismo considerada como “historia jurídica” a elemento decisivo de la comprensión de un fenómeno histórico de trascendental importancia para nuestro mundo: La emancipación de la América española.

2. Aun cuando la que sigue pudiera ser una conclusión, no creo que esté fuera de lugar adelantar una primera valoración para identificar el contenido de *1808*. E. Martiré nos ofrece una suerte de “lectura institucional” o, si se quiere, “histórico-jurídica” de las causas del criollismo hispánico. Debo añadir que, en mi opinión, la adjetivación resulta un tanto redundante ya que, con ser un fenómeno social y cultural, resulta difícil, si no imposible, entender la cuestión del criollismo fuera de los límites marcados por la naturaleza eminentemente jurídica de la constitución y, sobre todo, comprensión que de sí mismas tuvieron las sociedades del Antiguo Régimen. Expresado en términos un tanto burdos: ¿es posible hacer una historia no “jurídica” del rencor de los americanos de origen español? Un lector de la obra de Martiré afirmaría, sencillamente, que no. La descripción y valoración de las causas y efectos del “rencor criollo” es uno de los dos objetivos básicos de *1808*, entendido como reacción a la desatención demostrada por la Monarquía respecto de las reivindicaciones y quejas de los americanos. Todas las analizadas por nuestro autor tuvieron una naturaleza — discúlpeleme la palabra — eminentemente “posicional”, porque ¿cual era el lugar que le correspondía ocupar al criollo en el diseño corporativo propio de la sociedad americana? Americanos y Monarquía sostuvieron, no cabe duda, comprensiones bien diferentes.

Si mediante el término “rencor” se puede aislar una de las dos más importantes temáticas objeto de análisis para nuestro *1808*, con los de “consenso” y “ruptura del consenso” se identifica la segunda. Hay que aclarar que la ruptura a la que me refiero — y se refiere Martiré — no se produce en el año 1808, como pudiera parecer a primera vista, sino a lo largo del siglo XVIII y, sobre todo, durante el reinado de Carlos III. Martiré sostiene que, a finales del XVII, la América española estaba de hecho muy próxima a la independencia, aun cuando se mantuviera una apariencia de vinculación a la Monarquía. Las posibles contradicciones procedentes del choque entre facticidad y virtualidad se saldaron mediante el consenso implícito existente entre una Monarquía tan

legitimadora como distante e incapaz, y unos americanos que “obedecían, pero no cumplían”. Sin embargo, con la dinastía borbónica y sus consejeros llegó la ruptura; las reformas institucionales intentadas o llevadas a cabo en el Setecientos alteraron ese panorama implícitamente consensual, rompiéndolo explícitamente y, con ello, dando paso al estallido independentista.

La comprensión de la emancipación americana como respuesta a la política de la Monarquía Católica en el Setecientos es compartida por un sector importante de la historiografía; tampoco Martiré se queda solo cuando afirma que el ciego continuismo de las Cortes gaditanas respecto de aquella política siguió bloqueando cualquier alternativa, que bien pudiera haber pasado, en principio, por la puesta en planta de uno de los múltiples proyectos existentes y, con posterioridad, por una aceptable formulación constitucional. Unos y otros, nuestro autor incluido por supuesto, han intentado convencer respecto de un punto esencial: a la altura de 1808, América, toda América, no ganaba nada estar vinculada a la Monarquía Católica. El intento de convertir los dominios americanos en “verdaderas” colonias rentables, tal como dijera Uztariz y pretendieran muchos de los cuales nos habla nuestro autor, implicaba un cambio inaceptable por insatisfactorio. Por ello, “1808 es el estallido final de un sistema” (p.252), del que intenta dar cuenta en sus rasgos básicos E.Martiré en su *1808*.

3. Si la tesis sostenida por E. Martiré no es, en esencia, muy discutible ni discutida en el contexto de la historiografía americanista, nos podríamos preguntar ¿hay algo que añadir como comentario a la descripción de su “ensayo” interpretativo? La lectura de *1808* sugiere muchos; no obstante, dejaré a un lado los más específicos para centrarme en dos. No quiero esconder el objetivo genérico que persigo ya que, al hilo de la crítica historiográfica que amparan estos *Quaderni*, pretendo dejar formulada una llamada de atención a los historiadores del derecho no sólo respecto del interés que, por sí misma, tiene la historiografía americanista sino, sobre todo, respecto del fantástico observatorio que, a todos los efectos, resulta ser el mundo hispanoamericano para quienes se ocupan de la historia — y presente — de las culturas jurídicas.

La progresiva desatención con la que la historiografía jurídica española honra al mundo americano es injustificable, no demostrando con ello sino insensibilidad. Porque, independientemente de la existencia de diferentes opciones historiográficas o temáticas, de la difícil confluencia y convivencia con otros saberes y, ya más concretamente, de las posibles y/o necesarias revisiones/refundaciones de lo que se ha venido denominando “historia del derecho indiano”, lo cierto es que el mundo americano reviste un interés extraordinario para el historiador

del derecho europeo en la medida que sirve de campo de pruebas en el que contrastar sus conclusiones.

3.1. Así pues, como tal campo de pruebas intentaré tratarlo aquí, a costa, eso sí, de cometer alguna injusticia con la obra del historiador argentino. Y afirmo esto porque la primera de las cuestiones que me sugiere su lectura es un reproche que queda un poco fuera de lugar por cuanto que E. Martiré habla de América y no pretende hablar de nada más. No obstante, la imagen americana que nos presenta es tan exclusiva que casi inhabilita la comparación. No cabe duda de que argumentos hay para mantenerla. Las inmensas dimensiones, las terribles distancias y, sobre todo, el elemento indígena, son factores que singularizan el nuevo mundo. Pero, independientemente de la particular historia de los episodios de descubrimiento, exploración, conquista e institucionalización americana, lo cierto es que su percepción se abordó desde el prisma proporcionado por la cultura del derecho común en su fortalecida versión moderna castellana.

En pocas palabras: Con ser tan distinta, América cabía en ella. Cabían la inexistencia de jerarquías, la multiplicidad de comunidades, el imperio de la “costumbre”, el estatuto del rústico, la centralidad de las periferias, los mecanismos de rechazo a las disposiciones escritas y, por supuesto, la simbólica imagen del rey como cabeza justificiera del cuerpo de la Monarquía. En definitiva, se podría sugerir que los caracteres que E. Martiré atribuye al “derecho indiano” no son, en esencia, específicos del mismo sino, en todo caso, el resultado de una amplificación marcada por las circunstancias. Esta matización o, mejor, cambio de perspectiva, puede distorsionar la valoración de algunos elementos centrales del discurso del historiador argentino.

Martiré afirma que la casi total autonomía americana — al igual que el estallido independentista de 1808 — fue esencialmente un producto de la debilidad e incapacidad de la Monarquía. Vistas así las cosas, el “consenso” puede identificarse, grosso modo, con incumplimiento — sistemático y aceptado — de las “leyes” indianas. La “explicación” de nuestro autor, con no ser precisamente su objeto de estudio, implica un determinado posicionamiento que, de todos es sabido, es discutido en la historiografía. No es este precisamente el lugar indicado para recordar los términos y, sobre todo, las implicaciones de la discusión, por lo que me limitaré a consignar algunas interrogante que en cierto sentido la rememoran: ¿Qué diferencia existe, si existe alguna, entre la situación americana y otras asimilables, procedentes de los diferentes territorios vinculados a la Monarquía Católica? ¿cómo podemos calificar su naturaleza? O, en otro orden de cosas, ¿cómo podríamos conceptualizar el “incumplimiento”? ¿fue una enfermedad o una pieza imprescindible del sistema?

Debemos recordar que en el nuevo mundo no se reconoce la existencia de una pluralidad de situaciones de poder originarias, ni su

adquisición por prescripción, restando posibilidades a la articulación explícita del consenso; en definitiva, puede que, entre otras cosas, la insuficiencia explicativa — por inespecífica — del discurso del “incumplimiento” pueda relacionarse con este dato. De aceptarse esta sugerencia, nos podríamos volver a preguntar, ¿la independencia fáctica de finales del XVII puede considerarse el “pasado paraíso perdido” al que los americanos, como casi todos los revolucionarios, pretendieron volver en un principio? ¿son comparables las recreaciones de unos y otros? Repárese en que no estoy afirmando que fueran otras distintas las demandas o reivindicaciones criollas en un determinado momento; sólo quiero plantear que el escenario americano sirve como pocos para poner en relieve no sólo las especificidades, sino los caracteres y, sobre todo, límites de una determinada cultura jurídico política.

La cuestión de los “límites” nos introduce en una segunda valoración que afecta al carácter de las reformas borbónicas, aquéllas que quebraron el implícito compromiso autonomista. Aun cuando E. Martiré no se pronuncia sobre la antigüedad o novedad de su diseño, centrándose en la descripción y valoración de su implantación y de los rechazos que produjeron, lo cierto es que la política reformista borbónica tuvo mucho de intento de “recuperación” o “aplicación” de modelos bien conocidos. Así, por ejemplo, como ha advertido C. Garriga en varios trabajos, la “expulsión” del elemento criollo de la provisión de cargos de justicia está directamente ligada con la justificación proporcionada por la apuesta por el modelo de “juez perfecto”, aislado de su entorno por no proceder ni relacionarse con él, que caracterizó a la Monarquía castellana desde el siglo XV. Cierto es que, como bien se demuestra en 1808, la desconfianza y el rechazo demostrado por los Monarcas borbónicos y sus consejeros estuvo teñida de colonialismo, pero cierto es también que la incapacidad demostrada para “imaginar” otras reformas que no fueran, en gran parte, la de la “aplicación cierta” de la masa normativa acumulada a lo largo de varios siglos nos enfrenta de nuevo con el problema de la comprensión de los límites de una forma plurisecular de entender tanto la organización social como el poder político y su distribución. Dicho de otro modo y aunque abusemos del conocimiento del desenlace de la historia: El fracaso de las reformas borbónicas estaba ya escrito en el mismo papel en el que se diseñaron.

En definitiva, América y su Independencia no sólo interesan, sirven. Esta, creo, es también una posible lectura de 1808 a la que su autor no invita pero permite al poner a disposición del historiador instrumentos y conclusiones.

3.2. Como ya advertí en un principio, Martiré tampoco nos invita con claridad a contemplar una imagen de la diversidad americana. Cierto es que habla de unos y otros, pero, en lo esencial, 1808 es un discurso sobre el discurso unitario del criollismo americano que,

antes de esa fecha, ni conocía fronteras en lo horizontal, ni se preocupaba, si no era para diferenciarse, de lo que le podía seguir en su vertical. La homogeneidad del criollismo se debe básicamente a la unidad del referente que es su causa: La política de la Monarquía Católica respecto de los españoles americanos exclusivamente. No cabe duda alguna de que tampoco éste puede ser considerado un reproche al contenido de *1808*, por cuanto que el autor se centra en explicar la que entiende como “la causa” política principal de la emancipación americana. Dicho de forma un poco simple: Los problemas de la “diversidad” aflorarían después de nuestra fecha, como bien lo demostró el mosaico, muchas veces absurdo, de naciones americanas emergentes tras la Independencia.

Es por tanto la distancia la que permite, de nuevo, formular tanto preguntas como valoraciones: ¿Qué capacidad integradora respecto de otros segmentos de la población tuvo el criollismo entendido como discurso emancipador? ¿cuáles son las claves interpretativas que nos permiten comprender su transformación en una pluralidad de discursos nacionales? En definitiva, ¿qué “capacidad” constitucional — positiva — tuvieron las críticas — negativas — al comportamiento de la Monarquía en América? Los acontecimientos posteriores a 1808, en los que no entra nuestro *1808*, nos demuestran, como mínimo, que las críticas criollas se situaban, en lo esencial, dentro del mismo complejo institucional y cultural criticado. Al desmantelarse éste, la homogeneidad desapareció aflorando todas y cada una de las divergencias. Así como la abigarrada multiplicidad del mundo americano cabía bajo la apariencia unitaria de la Monarquía Católica, los nuevos Estados nacionales no pudieron soportarla. Repárese en que no me estoy refiriendo al plano de la facticidad, sino al de la virtualidad o, en otras palabras, en el de la comprensión del poder político y de sus categorías jurídicas. Así, por ejemplo, el indígena casi desapareció por completo de los textos aun cuando, por supuesto, siguiera siendo en muchas zonas el componente mayoritario de la población; consecuentemente, los “derechos patrios” toleraron, pero no reconocieron en muchas ocasiones, la existencia de expresiones consuetudinarias. En definitiva, también aquí la América, ya americana, puede comprenderse como un magnífico laboratorio para el análisis de los límites de la cultura constitucional contemporánea.

4. En síntesis: *1808* explica, interpreta y, sobre todo, sugiere al historiador. También intenta convencer al lector, hablándonos de un mundo apasionante de forma apasionada. Es, en definitiva, una obra que debemos comprender como expresión madura de la trayectoria de un auténtico militante de la historia jurídica americana.

MARTA LORENTE

JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München, Verlag C.H.Beck, 2001, pp. XIV-327.

Iniziare la recensione di questo volume è cosa difficile. La prima tentazione sarebbe infatti quella di proclamare un entusiasmo tanto spontaneo quanto atto a suscitare la più che probabile diffidenza e il senz'altro immediato scetticismo di lettori appena smalizati, e non adusi quindi, in mancanza di un percorso discorsivo non si pretenderà razionalmente convincente in assoluto, ma almeno dotato di una qualche plausibilità, a lasciarsi irretire dalle eventuali idiosincrasie del primo recensore di turno.

Allora, e per vero non solo allo scopo di trarci d'impaccio, abbiamo pensato di servirci dell'ausilio di un compianto 'recensito d'eccezione' e di porci anche un po' metaforicamente sotto la sua protezione, visto che il suo volume, che abbiamo sott'occhio e che ci servirà alla bisogna, è tra l'altro appunto dedicato, quasi ad autorevolmente riconoscere il ruolo scientifico e umano di un intero genere letterario, oggi peraltro così scarsamente valutato, a persona per più aspetti vicina al nostro lavoro e, soprattutto, il cui nome ci sembra sempre meritevole d'essere ricordato in tempi così facili alla dimenticanza: "a Pietro Piovani 'il recensore' con animo grato". E non per caso tale volume si apre proprio con una riflessione dedicata alla parola, al tema, alle varie modalità per così dire strutturali, agli 'schemi' del recensire; e se ne individuano, con felicità di piglio — o, per esprimerlo con le parole del dedicatario, inseguendo il "demone della perfetta formulazione" — fondamentalmente quattro: "Alle ali dello schieramento, meno significanti, anche se adempiono una funzione, stanno sulla destra, il panegirico, sulla sinistra la stroncatura. Al centro, lo schema A è il seguente: "i difetti del libro sono molti o moltissimi, ma l'insieme è meritorio e rimane valido". Lo schema B: "pregi particolari, spunti, idee sono moltissimi e suggestivi, ma la struttura è difettosa, il libro rimane insoddisfacente, fragile". Questi schemi sono suscettibili, tutti, di una rappresentazione geometrica: il panegirico è una linea che sale verso l'altro del foglio, la stroncatura una che scende; la A corrisponde a una linea spezzata, prima discendente, poi ascendente, la B, pure spezzata, prima ascende e poi cala".

Parrebbe dunque che anche noi potessimo incominciare a trovare le coordinate adatte alla cercata misura dell'intervento, avendo già con l'esordio evidentemente sfuggito lo stile stroncatorio e cercato di non inoltrarci, o almeno non immediatamente, verso i cirri e le volute del puro e semplice panegirico. Dobbiamo dunque inoltrarci al centro? Se dovessimo farlo potremmo già da subito aggiungere una ulteriore campitura, suggerita per esclusione dalla scelta della parola finale dello schema B: certamente a fronte di una ricerca che si propone con

l'ambiziosissimo titolo di "Diritto come Scienza" (e non ci sembra in questo caso che il mantenere, traducendo, la seconda maiuscola 'tedesca', quella di scienza, anche nella nostra lingua sia del tutto un fuor d'opera, se pur sia indubbiamente un po' arbitrario) e che, in buona sostanza, si prefigge di essere "la prima complessiva e compiuta rappresentazione della storia della dottrina *delle fonti e del metodo* (di entrambe, si noti, inscindibilmente legate, com'è giusto che sia; ma compito da far certo tremare quasi tutti) nella prima età moderna" (*Vorwort*), intendendosi poi come arco temporale di riferimento i secoli dal XVI al XVIII e fino agli inizi del XIX, cioè appunto, come recita in sintesi il sottotitolo, "dall'Umanesimo alla Scuola Storica"; ebbene di fronte ad una intrapresa che si svolge per 271 fittissime pagine di grosso formato, con un apparato di note imponente, testimoniato da un indice delle fonti e della letteratura secondaria amplissimo (si sarebbe tentati dire 'completo', se fosse umanamente possibile: vedilo alle pp. 273-303) se un critico particolarmente incontentabile o decisamente malevolo volesse annoverarsi tra i 'B' — per avere anche una minima chance di riuscirvi — dovrebbe inevitabilmente essere tentato di far riferimento alla vecchia immagine del colosso dai piedi di argilla, né potrebbe far leva su di una diminuzione quantitativa, sia pure di poco conto, dei "pregi particolari, spunti, idee...". Ma: ad impossibilia... Non v'è nulla di più lontano di questo libro dalla possibilità anche solo di adombrare o evocare una qualsivoglia impressione di fragilità; non c'è nulla di fragile nella struttura di un volume frutto di un lavoro di prima mano sulle fonti, il cui piano di ricerca risale addirittura alla metà degli anni '80 e la cui stesura ha richiesto più di quattro anni di applicazione. Chiunque scorra anche solo rapidamente l'indice si accorge, e non può non accorgersi, di avere fra le mani il sedimento, la definitiva cristallizzazione di un'intrapresa meditatissima, che appunto per l'estensione dell'impegno e la parallela, ma speculare per intensità, concentrazione della meditazione, diremmo quasi dell'organica assimilazione della materia, si presenta anche con la qualità, forse rara in opere di così vasto respiro, di quella semplicità che non è semplificazione, ma piuttosto ricerca di una riposata trasmissione delle acquisite conoscenze. Il nostro autore, che ha nel suo stile di scrittura un connaturato modo di procedere, quasi modestamente 'freundlich' verso il lettore, al quale viene spesso incontro, con l'evidenziare o sottolineare riassuntivamente i nodi fondamentali e talora con l'indicare i sentieri che si andranno a percorrere, delimita sin dall'inizio il suo oggetto — che è poi, fin dall'importante volume del 1979 su *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz"* nelle Università tedesche tra fine settecento e inizio ottocento, una sorta di cifra identificativa del suo 'problema fondamentale' — in relazione a ciò che è diritto *pratico* (cioè applicabile). Il 'metodo giuridico' è la via (*hodos*), il procedimento per l'accertamento di che cosa è — noi diremmo "si possa intendere", ma

sul punto torneremo — in via generale o in un caso determinato diritto praticamente applicabile. L'indicazione più pervia da seguire per lo storico si rivela allora quella di cogliere quel metodo *attraverso* il 'discorso' o i discorsi — avvertiamo che anche qui usiamo di una terminologia, per così dire, già 'interpretativa' e probabilmente ricavata da un retroterra dall'autore non necessariamente condiviso, ma che ci sembra 'compatibile' — dei giuristi medesimi, ovvero nella teoria che loro stessi vi hanno dedicato, la dottrina del metodo giuridico: "Die juristische Methodenlehre macht also Aussagen über das *Verfahren, das geltenden Recht zu ermitteln*, im Gegensatz zur dogmatischen Rechtswissenschaft, die Aussagen über das geltende Recht selbst macht." (*Einleitung*, p. 1; corsivi dell'autore nel testo). In tal modo l'oggetto si può ulteriormente precisare comprendendo sia le regole relative all'applicazione della norma giuridica generale al caso di specie (ovvero soprattutto la topica o rispettivamente la teoria dell'argomentazione e la dottrina dell'interpretazione, così come anche le regole per l'accertamento della norma generale medesima (la "Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung", ovvero i procedimenti scientifici per la 'inventio', la creazione o il 'ritrovamento' di regole giuridiche *nuove*; cfr. in particolare pp. 78 ss. e 244 ss.): "Diese *Methodenregeln in engeren Sinn* berühren sich wiederum mit der *Rechtsquellenlehre*. So ist die wissenschaftliche Rechtsfindung, nach einer im 19. Jahrhundert verbreiteten Ansicht, nicht nur eine methodische Operation, sondern selbst eine *Rechtquelle*" (ibidem, corsivi dell'autore nel testo). Così, per linee interne, aderendo strettamente alle determinazioni dell'oggetto e soltanto commisurandole alla dimensione cronologica e alle caratteristiche salienti di ciascuna periodizzazione, si viene a costruire solidamente una struttura scandita in tre grandi parti: la prima che comprende la 'prosecuzione della tradizione medioevale e le prime innovazioni' (1500-1650); la seconda che si rivolge alla 'scoperta della Ragione costruttiva e della Storia' (1650-1800); e la terza che abbraccia la 'fondazione della scienza giuridica positiva' (1800-1850). Ogni parte si divide a sua volta in due sezioni e, conformemente a quanto accennavamo sul mutuo implicarsi di teoria del metodo e delle fonti, la prima è sempre dedicata alla *Rechtsquellenlehre* e alle regole individuate di volta in volta per risolvere i casi di loro collisione, e la seconda alla *Methodenlehre*: questa seconda sezione si suddivide a sua volta in modo anche visivamente perspicuo — perché come si capirà l'estensione di questi è variabile col mutare di segno dell'epoca (si veda per es. il primo capitolo della sezione seconda della terza parte, composto di un unico smilzo paragrafo (§52, p. 209) dal significativo titolo "Topik im frühen 19. Jahrhundert?") — in tre capitoli, rispettivamente consacrati alla teoria dell'argomentazione giuridica, alla teoria dell'interpretazione della legge, e alla teoria della "wissenschaftliche Rechtsfindung".

Con quanto appena precede e al di là dei contenuti informativi

accumulati, abbiamo definitivamente chiarito, laddove ce ne fosse stato ancora bisogno, la nostra lontananza dall'impostazione di tipo B. Vorrà dire allora che non ci resta che riconoscerci nella tipologia A e pertanto, consequenzialmente, cominciare a delineare una linea spezzata discendente, iniziando ad elencare quelli che a nostro avviso potrebbero rivelarsi difetti o manchevolezze, per poi rilanciare con un giudizio finale ampiamente positivo sull'insieme? Non che — e sarebbe letteralmente 'non-umano' il pretenderlo — quelli siano del tutto assenti. Ma ci paiono, e ci sembra giusto metterlo in evidenza, piuttosto ancora 'difetti collettivi' o di 'stili di ricerca nazionali' (che sono poi, è inutile nasconderselo, l'altra faccia degli stessi 'pregi' che si tratta di valorizzare), difetti o meglio 'sfasature' i quali non possono che esigere rimedi collettivi; che insomma non riguardano un autore in quanto *singolo* — Jan Schröder, e qui credo di parlare appunto non soltanto come singolo, e di dare voce invece ad una *communis opinio*, appartiene al ristretto gruppo di studiosi di altissimo livello che hanno *fatto la storia* del diritto in Germania nella seconda metà del secolo (solo cronologicamente scorso) e le hanno dato e le stanno continuando a dare una dimensione veramente europea —, ma in quanto esponente di una comunità specialistica data. Faremo un solo esempio e per giunta apparentemente piuttosto 'kleinlich', in quanto sembra trattarsi di una mera integrazione bibliografica, neppure decisiva (ma, è lecito chiedersi, lo sono mai?) — e proprio per un volume di così sterminata bibliografia, e che anzi, a differenziarsi nettamente rispetto agli *standards* usuali in terra di Germania, fa mostra di usare e ben conoscere la storiografia europea non di lingua tedesca, e quella italiana in particolare! —; ma si tratta, com'è chiaro, di un pretesto, di un'occasione per accennare ad altro, e forse non puramente marginale problema (e, ancora forse, ad una sua possibile seppur non facilmente praticabile soluzione). In breve, nel volume sono utilizzate a giusto titolo ben cinque opere di Vincenzo Piano Mortari — tra le quali le *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI* (1956), *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (1976), e *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI* (1978) —; non vi è invece menzione della produzione successiva degli anni '80 (contenente, tra l'altro, messe a punto su Bodin e i giuristi umanisti francesi, ed in particolare sulla nozione di *ordo iuris* od anche sull'umanesimo giuridico a Ginevra e in generale sul pensiero politico dei giuristi rinascimentali, tematiche tutte conferenti con vari rivoli della ricerca che ci occupa), ora è un po' anch'essa raccolta in un corposo volume (*Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli, 1991, pp. 585). Lasciamo da parte il caso particolare — ovvero il domandarci, che trascenderebbe di gran lunga il nostro attuale compito, se in tal caso si potesse parlare di una reale ulteriore fase di sviluppo nel quadro di una biografia intellettuale di tale rispetto, o se non si trattasse invece che di pur variegati approfondimenti nel solco

già tracciato —; resta l'impressione di una difficoltà più generale (che può riguardare anche altri autori di lingua non propria utilizzati): e qui non siamo già sul terreno della critica, ma del dialogo. Difficoltà anzitutto di circolazione 'materiale' dei testi e degli studi: la crescita cronologica dei lavori e della biografia cultural-scientifica di un autore 'straniero' (vale anche per noi e pienamente il discorso) viene di norma seguita fin dove individualmente è possibile (invii personali; recensioni occasionali; interessi di ricerca e presenza nelle biblioteche nazionali) per poi perdersi, interrompersi, eventualmente riapparire dopo qualche anno etc. Sembrerebbe una mera posa 'alla moda europea' (peraltro talora ben fastidiosa nelle sue estrinsecazioni) lamentare allo stato un'eccessiva concentrazione autoreferenziale sulle produzioni nazionali: quel che rimane vero è, da un lato, l'ancora troppo scarso numero di traduzioni reciproche nelle nostre discipline — bisogna constatare che manca una reale strategia di politica editoriale in questo campo (per una volta, ad onor del vero, francesi, inglesi e anche tedeschi appaiono in proposito assai più carenti di noi) — e, dall'altro, la mancanza di un 'osservatorio', che ben potrebbe essere reciprocamente approntato nelle principali riviste storico-giuridiche, che, sistematicamente però, censisca possibilmente a tappeto le singole produzioni nazionali, svolgendo una preziosa e periodica funzione di aggiornamento. Una volta superato questo ostacolo di comunicazione 'materiale' resterà certo quello più arduo: ovvero il tema della difficoltà di circolazione degli 'stili', degli approcci metodologici e problematici insiti nelle specifiche tradizioni disciplinari nazionali. Se un lavoro come questo è in grado di suscitare tali domande ci si presenta dunque come necessità impellente quella di superare anche il percorso in definitiva sterile che lo schema a finale positivo sembrerebbe suggerirci come il più utile. E infatti su quella falsariga non intendiamo addentrarci.

Abbiamo pronunciato prima, quasi come un *obiter dictum*, la parola 'dialogo'. È infatti venuto il momento di palesare che chi avevamo chiamato in apertura in ausilio — per farla breve, non altri che Giacomo Devoto (*La recensione*, in *Civiltà di parole*/2, Firenze, 1969, pp. 15-18) — aveva in serbo una sorta di uscita di sicurezza, aveva cioè individuato, e per diretta singolare esperienza, un'altra possibile forma di approccio 'restitutivo' ad un testo (o piuttosto ad un testo *di quella persona*), adatta al superamento delle forme più correnti: "Ma io ho ora sotto gli occhi una recensione al mio volume *Civiltà di parole 1*, che non appartiene a nessuna di queste categorie; che non si lascia distendere su di una superficie; che non sollecita immagini geometriche. È di Pietro Piovani, nella "Cultura". Immobile dalla "recensio" di Cicerone alla "recensione" dei giorni nostri; sempre associata all'azione di passare in rivista ed enumerare, elevata a simbolo solo nell'età eroica della critica testuale al tempo del Lachmann, la parola è giustificata qui solo formalmente. Il Piovani trova nel libro un motivo, certo per riferirne e

discuterne, ma soprattutto per dialogare con me: mette in moto non solo giudizi, ma preoccupazioni e affetti”.

Certo colà è detto benissimo né possiamo avanzare anche solo un pallido auspicio di accostarci al risultato di ‘quel’ confronto: ma qualcosa dell’intenzione ci par salvo. Ed è salvo proprio per la peculiarità del testo e dell’impegno dello studioso Jan Schröder che non cessa di proporsi *sub specie historiae* la questione fondamentale che affatica anche il giurista dell’oggi, e tanto più quanto più i tradizionali strumenti statalistico-positivistici si consumano nelle mani di coloro stessi che li hanno lungamente considerati irrinunciabili. Il libro propone al lettore — non serve una grande scandaglio per accorgersene (basterebbe tutto il riesame del rinnovamento del ruolo della topica e della sua letteratura tra XVI e XVII secolo a partire da Rodolfo Agricola, che culmina nei §§7-9 del primo capitolo della seconda sezione della prima parte (pp. 32-48) nella sistematizzazione del catalogo dei topoi interni delle topiche tedesche di Cantiuncola e Hegendorphinus — una messe di informazioni e di squarci innovativi da cui ciascuno trascoglierà secondo le sue esigenze e il suo gusto: sarebbe fatica di Sisifo, nonché pretesa vana anticipare il lettore su questa strada.

Quello che suscita invece l’interesse più vivo è il senso complessivo (o perlomeno quello che a noi pare affacciarsi come tale) del movimento che emerge dal variegatissimo quadro e che smuove — sia pur spesso in concise annotazioni, vergate quasi con ritrosia o rimarcate in brevi degnità, quasi a non voler prevaricare l’amplissima tessitura delle fonti messe in frizione tra loro fino a provocare la scintilla della chiarificazione, quasi a non voler sovrammettere la propria alle voci di quelle —, demistifica certezze consolidate o, per ironia ‘topica’, luoghi comuni stancamente ripetuti, ma mai veramente abbandonati.

Così nel campo più familiare anche al giurista contemporaneo — in questo senso ci pare, e quasi ci piacerebbe chiedere una conferma dalla viva voce, che tutto il libro sia mosso dalla consapevolezza che anche la storia come pratica scientifica ha una funzione ‘pratica’ per il giurista, ovvero quella appunto di rendergli manifesto lo spessore storico delle regole che è o sarà chiamato ad applicare e degli strumenti concettuali mediante i quali può adempiere a quel compito —, quello dell’interpretazione, sono molte le linee che inducono ad una meditazione che non potrà che sfociare, in un modo o nell’altro cercheremo di vederlo, in un dialogo ulteriore, un dialogo che possa ‘fuoriuscire’ anche dalle poche pagine presenti: la notazione che un concetto di diritto “positivistico” ha cominciato ad esercitare una sua influenza sull’*interpretatio* già a partire dalla metà del XVII secolo, e non può essere imputato a innovazione del XIX, che si fa piuttosto carico, in quel senso, del superamento del vecchio concetto dualistico del diritto, senza certo esaurire qui la sua carica innovativa; quella che

sorprende sulla bocca di Karl Salomo Zachäriä, uno dei giuristi che all'inizio dell'ottocento (Schröder individua infatti tra il 1805 e il 1807 tre significative quanto trascurate testimonianze del trapasso verso le nuove concezioni appunto nella sua e in quelle meno note di Franz Schöman e Johann Heinrich Zirkler, quest'ultimo già espressamente antesignano dell'idea "che la funzione giudiziaria si fondi su di una capacità *produttiva*"; pp. 218 ss.) vivono le difficoltà di una svolta radicale, in occasione del rigetto della non più accettabile come appartenente al campo semantico interpretazione 'logica' (nel vecchio senso del termine), la distinzione, riferita invece alle pienamente ammissibili conclusioni logiche ricavate dalle norme di legge, tra analogia e *induzione* e così icasticamente la commenta: "egli è uno dei pochi giuristi che designa quest'ultima operazione con l'espressione logicamente corretta e non invece come "astrazione"! (p. 218); la nuova comprensione, sempre all'inizio del XIX secolo, inizialmente forse con il giurista 'hegeliano' Kierulff, a seguito della limitazione del campo di applicazione dell'interpretazione estensiva — e della conseguente perdita di senso della troppo complicata vecchia dottrina dei divieti specifici di estensione — della tradizionale dottrina delle leggi 'd'eccezione' (*jura singularia*, diritto anomalo), laddove per interpretazione estensiva si intende ora quella che realizza il senso o la "vera idea" della legge, mentre al contrario l'analogia porta ad esistenza una regola, fa valere un principio giuridico, che essa ricava dalla legge incompleta e applica al caso simile: poiché però nella legge eccezionale non si radica o nasconde nessuna regola o principio giuridico, essa è insuscettibile di applicazione analogica, ma si rende pienamente possibile una sua estensione "aus den Sinn oder 'wirklichen Gedanken'" (p. 240); oppure la considerazione paradossale, ma logicissima, che il concetto di *lacuna* non ha potuto realmente formarsi nè affermarsi fintantoché non si è realizzato concettualmente e 'concretamente' il suo opposto, ovvero l'idea — e l'ideale — di un ordinamento giuridico positivo completo (le prime apparizioni del termine sembrerebbero riscontrabili in Feuerbach, Thibaut e C.A.G. Goede; cfr. p. 247); o quella altrettanto straniante, per la quale se un qualche senso storiografico si voglia ancora mantenere all'espressione, spregiativa della Pandettistica, di *Begriffsjurisprudenz*, allora questa deve essere primariamente applicata non già a Puchta o Jhering, ma direttamente a Savigny, nella dottrina del quale sono già fin dal principio presenti tutti gli elementi della teoria del diritto scientifico e della sua funzione di *Rechtsfindung* che per solito le si attribuiscono: ma in ogni caso il rimprovero sarebbe falsamente formulato poiché tale ricerca produttiva di nuovo diritto non produrrebbe affatto solo concetti ma porterebbe alla luce anche "Rechtssätze, Prinzipien und ganze Systementwürfe" (p. 271).

Ma noi accennavamo prima ad un senso complessivo alla luce del quale leggere tutto lo sviluppo e soprattutto quella sorprendente — ma anche comparativamente illuminante in parallelo, se solo se ne pensino le conseguenze interpretative in relazione alle coeve, e in origine diversissime, vicende francesi della c. d. scuola dell'esegesi — caratterizzazione della svolta di inizio diciannovesimo secolo come svolta verso una “exegetische Hermeneutik”, verso una comprensione dell'attività interpretativa come legata essenzialmente ad un testo (sia pur storico) *dato*, della quale il principale corifeo è Savigny, quasi l'inventore, lui sì, e non, aggiungiamo noi, i contemporanei francesi, del termine *esegesi* come equivalente di interpretazione giuridica: “Sie ist also eine reine (historische) Exegese des Textes: Savigny geht dann auch später dazu über, die Interpretation als “Exegese” zu bezeichnen, was in der Geschichte der Gesetzinterpretation, soweit ersichtlich, ein Novum ist” (sottolineatura nostra; p. 215).

Quel senso — dopo aver messo in crisi la tradizionale e abusata partizione cronologica che fa leva sulla successione di periodi di prevalenza di impostazioni in tema di interpretazione ora ‘sogettive’ ora ‘oggettive’ — è tale da coinvolgere il trapasso epocale che dalle teorie legate alla ratio e a considerazioni sui valori del XVI e inizio XVII secolo, conduce a quelle sottolineanti il ruolo della volontà (ma lasciando ancora sussistere uno spazio di azione per il legame assiologico con la ragione mediante l'uso della nozione di *ratio legis*) del tardo diciassettesimo e diciottesimo, ed infine, come s'è appena accennato, all'inizio del diciannovesimo, con l'emergere della posizione esegetica, al legame storico-testuale (p. 242): e lo è per un motivo assai semplice e non perciò meno carico di destino, anche se oggi non più descrivibile solo quale anodina forma di razionalizzazione.

Si tratta infatti di questo: *un processo progressivo e, ben si noti, di lungo periodo, di restrizione e sempre maggiore limitazione degli spazi di libertà interpretativa* (sottolineatura nostra, con qualche variazione; ibidem). Se questo processo si sia perpetuato e approfondito dopo il conchiudersi dell'arco temporale delineato dal nostro e soprattutto quale compito relativo, anche — perché no? — di ulteriore delucidazione storiografica, attenda chi viva la nostra attuale esperienza giuridica è domanda inaugurale di un dialogo non meno appassionante che incerto. Speriamo che possa proseguire. In ultima chiusura vorrei ricedere per un momento la parola al Devoto nostro involontario compagno di strada; e anche le sue erano parole conclusive: “Oggi si scrive troppo. Nel campo degli studi sono più quelli che scrivono di quelli che leggono, e soprattutto quelli che scrivono pagine quando basterebbero righe” (p. 18). E formulava il suo grazie a Piovani. Anche noi vorremmo formulare il nostro grazie a Jan Schröder in modo analogo, perché anche qui siamo di fronte a pagine

che valgono molto di più del loro numero; ma soprattutto perché al di là di quelle pagine si percepisce una rara probità di studioso e una reale fedeltà al proprio *Beruf*. Che in nessun tempo, e neppure in questi è poco.

PAOLO CAPPELLINI

SEGNALAZIONI

Passato e presente del diritto naturale.

In un ormai lontano (1959), eppur sempre memorabile film 'giudiziario' di Otto Preminger — nel quale tra l'altro la parte del giudice era interpretata, forse non per caso, da Joseph N. Welch, un vero giudice che aveva svolto il ruolo di supervisore alle udienze della non proprio 'imparziale' Commissione McCarthy — ma che brilla soprattutto per la grande interpretazione dell'avvocato difensore (ex-procuratore dell'accusa) offerta da un James Stewart all'apice della carriera, si poteva assistere ad un dialogo illuminante tra quest'ultimo e il suo futuro assistito, un arrogante ed ambiguo tenente dell'esercito omicida per 'causa d'onore'. Un dialogo paradossale e sottile — come del resto tutta la rappresentazione, che costituisce il vero fulcro della narrazione filmica, della giustizia e del processo come gioco formale e schermaglia sulle sfumature delle parole, nel quale anche il massimo dispiegarsi dell'intelligenza e dell'arte della persuasione non riescono a scalfire se non superficialmente l'irriducibile ambiguità della realtà e quindi, delusivamente, della verità (Mereghetti). L'elemento forse più paradossale sta in quella che si potrebbe chiamare l'inversione dell'"argomento di Antigone", che qui è posto in bocca al personaggio perlomeno apparentemente non positivo e di primo acchito certamente antipatico, all'assassino (Ben Gazzara), il quale infatti nel colloquio iniziale, pur di fronte al rischio di non trovare nessuno disposto a difenderlo, vista la sua situazione largamente pregiudicata, giunge ad affermare, con una sicurezza peraltro inaspettata, senza nessuna resipiscenza e quasi con ironica superiorità e condiscendenza verso l'uomo di legge che gli si trova di fronte, "...ci sono leggi non scritte, sa", offrendo però in tal modo immediatamente il fianco alla imperturbabile e fulminante risposta dell'altro: "le leggi sono tutte scritte, tenente; le leggi non scritte non esistono proprio e chi commette un omicidio pensando che esistano ha pieno diritto alla pensione completa in un penitenziario dello Stato, magari a vita" (e lasciamo qui impregiudicate le considerazioni sul quel risalente mutamento di giurisprudenza della Corte Suprema sulla inusitata crudeltà e contrarietà all'umanità di certa altra sanzione penale).

L'esordio 'cinefilo' si giustifica un po' 'ispanicamente' sull'onda e sulla falsariga dei (e quindi come piccolo omaggio ai) ben più acuti

tentativi di valorizzazione storico-giuridica della settima arte che da tempo va imprendendo Antonio Serrano González — rammemoro solo un brillantissimo saggio sul doppio e polemicissimo finale anch'esso 'giudiziario' del celebre M, il mostro di Düsseldorf di Fritz Lang —, perché le righe che precedono e seguono sono indirizzate a segnalare appunto un volume che ci giunge da tale (bella)terra, ovvero quello, di mole amplissima (ben 766 pagine di ampio formato), che, per la solerte cura di Miguel Ayuso — il quale nella presentazione non per caso si richiama al recupero di una tradizione giusnaturalista 'internazionale' delle 'Spagne' sulle tracce di F. Elías de Tejada (e ad un suo volume del 1994 sul tema) — raccoglie gli *Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural (Córdoba, 14 a 19 de Septiembre de 1998)* appunto sotto il titolo, peraltro solo parzialmente coestensivo ai materiali contenuti, di *El Derecho Natural Hispánico: Pasado y Presente* (Córdoba, 2001 per i tipi Obra Social y Cultural de CajaSur).

La sentenza apparentemente senza replica dell'avvocato americano — che trova del resto proprio in questo volume conferma nella sua anche attuale storico-sociologica applicabilità all'ambiente giuridico nordamericano, dove, al di là delle analisi 'ingenue' e ottimiste (o ritenute per tali) di J. Maritaín o dell'altro autore cattolico di maggior impatto, John Courtney Murray S.I., il riferimento al diritto naturale mostrerebbe carattere meramente 'recessivo', mascherando piuttosto l'estendersi di un radicalismo di astrazione che vede come suoi unici referenti *due assolutismi* mutuamente implicati; ovvero, da un lato, l'individuo assolutizzato in un processo di 'privatizzazione' illimitato (ad es. W. Brennan e la postulata libertà di fare del proprio corpo qualsiasi cosa uno desideri), e, dall'altro, secondo quanto già acutamente osservato da F. Wilhelmsen, la democrazia, anch'essa in ultima analisi assolutizzata e vista sempre più, soprattutto nei tempi recenti, "non come un metodo di procedere per quanto concerne l'individuazione delle modalità e finalità del governare, ma come un assoluto politico e filosofico incontestabile, che è incompatibile, in ultima istanza, con le diverse pretese della tradizione giusnaturalistica" (si confrontino i saggi di Thomas Molnar e soprattutto di Michael B. Ewbank dell'Università del Nebraska sul diritto naturale statunitense come "el máximo de minimalismo" (pp. 495-519) —: ebbene quella sentenza sembrerebbe chiudere per sempre il discorso e consegnare tentativi quali quello in questione, invero assai eterogeneo nella tipologia e talora anche qualità degli interventi, ad una inevitabile e, quel che è peggio, intrinseca obsolescenza.

O, se vogliamo, per usare le parole di un 'vincitore' e annunciatore entusiasta della modernità al vertice della sua ebbrezza senza mezzi termini 'futurista' (peraltro non certo in uno dei suoi testi, pur oggidi, più frequentabili), per consegnarli al "disprezzo per naturamortisti bottiglisti e altri congelatori". Ma appunto l'allusione marinettiana,

completamente malevola e incomprensiva nei confronti delle ripetute e rarefatte atmosfere di un Morandi, rovesciando quasi il topos pugliatiano sulla funzione del positivismo civilistico, potrebbe invece metterci sull'avviso: potrebbe cioè darsi che proprio i più volte e dalle più disparate parti derisi 'giusnaturalisti' — sulle cui 'storie' trasversali specialmente nei due trascorsi secoli molte indicazioni possiamo qui raccogliere (dal saggio di Gabriel García Cantero sui civilisti spagnoli e il giusnaturalismo, da Sánchez Román a Vallet de Goytisolo fino a Albaladejo, De los Mozos e altri molti; alle notazioni di Wolfgang Waldstein e Horst Seidl sul mondo germanico; o al saggio di François Vallançon su Villey e la sua influenza in Francia; per non parlare dei numerosi ed interessanti interventi sulle vicende in terra latinoamericana, da J.M. Castán Vázquez, C. Lema García, B. Montejano, H.H. Hernández a G. Ibáñez; per giungere infine alle analisi sulla situazione odierna della Spagna di un Estanislao Cantero o di una Consuelo Martínez-Sicluna) —, proprio loro, insomma, fossero depositari di un discorso (peraltro da ultimo storicamente carsico, certamente, ma mai del tutto interrotto), che per più versi e a più propositi mostra di tornare fortemente, seppur settorialmente per ora, d'attualità. E non soltanto nella versione, tutt'altro che incompatibile, da G. Hugo in poi, col positivismo imperante, di una (filosofia) critica del diritto positivo — e neppure nel recupero di quei versanti disciplinari storicamente più da vicino legati fin dal principio a quelle tipologie culturali e argomentative: penso, per esempio, ai saggi penalistici, non per caso presenti, ed anzi del tutto 'climaticamente' radicati (pp. 407-464), sui fondamenti di una teoria giusnaturalistica dell'imputazione (C. Pérez del Valle) o sui principi del diritto penale e le certezze del senso comune (Mauro Ronco).

Ma appunto in relazione a parole e questioni chiave del dibattito politico-giuridico post-moderno(e) 'globale' e quindi in prospettiva che ben potrebbe definirsi 'costituente': dal principio di sussidiarietà (qui affrontato con una prospettiva peculiare da F. Gentile), al problema della definizione delle nozioni di 'vita' e 'morte' (diritti del nascituro, aborto, eutanasia), alle questioni di interazione tra la nozione tradizionale di 'persona' e l'espansione delle dimensioni 'virtuali', cyberspaziali, deterritorializzate (Virilio, P. Dick, W. Gibson, B. Sterling, H. Bey, Rodotà), e quindi del problema della 'fine della privacy', del 'controllo', dei rapporti fra le nuove dimensioni del mercato della solidarietà e dei consumi.

Se è vero che tutte queste dimensioni, anche nelle riflessioni che ben potrebbero definirsi 'neo-giusnaturaliste' (e che molto spesso implicherebbero, paradossalmente, altresì una riflessione adeguata su di una nuova teoria del 'nazionalismo comunitarista' o su di un 'populismo progressista' (C. Lash, A. McIntyre)) rimangono ad un livello congiunturale od episodico, solo — e solo talora — disorganicamente 'giustap-

poste', resta però anche vero che nella 'piega' di questo(i) pensiero(i) è rinvenibile una consapevolezza comune che è riassumibile nella cifra critico-ricostruttiva dell'assolutismo (giuridico) — della modernità come assolutismo.

Per dirla col Voegelin richiamato da Waldstein (specialmente pp. 474-475) la "ridivinizzazione della società" che rappresenta il nocciolo dello scientismo moderno non può che condurre al "totalitarismo come potere esistenziale degli attivisti gnostici quale forma finale della civilizzazione progressiva". E invero, come aveva ben prima (1905) e più realisticamente notato Chesterton, non è sufficiente a questo punto la semplice rivendicazione di una (ancora) maggiore libertà politica, negando la libertà spirituale, ovvero, in sintesi, l'abolizione delle leggi che possono essere infrante con la sostituzione di leggi (materialistico-scientiste) che non lo possono: "La verità è che la civiltà scientifica... ha un altro difetto particolare: essa tende a distruggere quella democrazia o potere dell'uomo ordinario... (in cui contemporaneamente si dice di credere). La scienza significa specializzazione, e specializzazione significa oligarchia. Se viene stabilita l'abitudine di affidarsi a particolari persone per determinare particolari risultati in fisica od in astronomia, viene lasciata la porta aperta ad una domanda perfettamente giustificata: perché non affidare parimenti a particolari uomini incarichi di governo e di autorità? Se ritenete ragionevole che l'insetto possa costituire il solo oggetto di studio per un uomo, e che un solo uomo possa essere studioso competente per quell'insetto, non è certo ingiustificato concludere che la politica deve costituire il solo oggetto di studio per un uomo, e che un uomo solo deve essere competente per la politica. Come altrove ho dimostrato... l'esperto è più aristocratico dell'aristocratico, perché l'aristocratico è solo uno che vive bene, ma l'esperto è uno che conosce meglio. Ma se facciamo caso al progresso della nostra civiltà scientifica, notiamo un graduale e generale aumento nel numero degli specialisti nelle funzioni proprie del popolo. Un tempo si cantava assieme, in coro intorno ad una tavola; oggi canta un sol uomo, per l'assurda ragione che lui canta meglio. Se la civiltà scientifica si sviluppa (il che è forse improbabile) un solo uomo riderà, perché lui ride meglio degli altri".

Oggi sappiamo — anche se in profondità quella affermazione parentetica conserva tutta la sua ironica verità — ch'essa va addirittura sviluppandosi nel *Drang* (del tutto gnostico fin nella formulazione) volto a far sì (per ora solo giuridicamente) che la persona "abbandonata la 'prigione della carne', ...si trasferisca nella dimensione elettronica", realizzandosi così "nel cyberspazio... finalmente la liberazione dagli angusti e ingombranti vincoli del corpo, ormai divenuto puro 'corpo terminale' di una persona trasformata in 'essere interattivo', volta a volta emittente e ricevente" (così recentemente Rodotà, in perplessa non

adesione, con richiami ai testi — deliranti, ma non troppo — di Virilio e A. Kroker e M. Weinstein).

Per citare ancora il nostro avvertito e provveduto civilista, tuttavia forse un po' troppo 'fascinato' dalla preconizzata 'irreversibilità' dei processi che quei 'discorsi' non solo descrivono ma tentano anche fantasmaticamente di accreditare e 'imporre', anticipando: "L'unità della persona viene spezzata. Al suo posto troviamo tante "persone elettroniche", tante persone create dal mercato quanti sono gli interessi che spingono alla raccolta delle informazioni. Stiamo diventando "astrazioni nel cyberspazio", di nuovo siamo di fronte ad un individuo 'moltiplicato'. Questa volta, però, non per sua scelta, per la sua volontà di assumere molteplici identità — come si noterà, non viene avvertita la profonda sotterranea identità strutturale del processo che si vuole, in forme proteicamente diverse, introdurre-imporre, quasi riducendo, non per caso averroisticamente o pomponazzianamente (il testo chestertoniano sopra richiamato si intitolava, pertinentemente, 'Heretics'), la volontà individuale a epifenomeno dell'intelletto sociale unico 'divinizzato' (P.C.) —, ma per ridurlo alla misura delle relazioni di mercato". Di qui l'invito, 'attendibile', ma scisso (e tendente a sua volta a 'coadiuvare' il fenomeno della decorporeizzazione), ad una 'diversa' attenzione, proprio sotto il profilo giuridico, ai due fenomeni: "Forse sarebbe il caso di rivolgere l'attenzione a queste nuovissime forme di 'procreazione', di creazione di corpi sradicati, che mettono in discussione l'individuo e la sua identità in forme ben più radicali — ? — di quelle contro le quali viene rivolta la condanna degli avversari delle tecnologie della riproduzione. Ma, di nuovo, l'assenza di fisicità rende questi fenomeni più difficilmente percepibili dagli stessi interessati, più difficili da racchiudere nelle categorie giuridiche tradizionali. Infatti mentre si ripete la condanna della vendita di parti del corpo umano, vista come una lesione profonda della dignità della persona, si accetta — ma non certo nella dimensione cui qui si tenta di far riferimento, bensì in quella dello scientismo positivista 'radicaleggiante', spesso appunto rivenduto come il punto di vista irrinunciabile della pretesa civiltà giuridica 'occidentale', qualsiasi entità vi si voglia poi in concreto ricondurre — la vendita di parti del corpo elettronico che, nella dimensione globale, può determinare effetti particolarmente gravi. La vendita di un rene, ad esempio, è vietata per tutelare la dignità, anche se non incide sulla funzionalità (ecco, seppur inavvertitamente, che si tocca il punctum dolens) del corpo, come dimostra l'ammissibilità della donazione fra viventi. Si fatica, invece — ma a questo proposito ci si dovrebbe piuttosto riferire alla forma mentis scientifico-positivistica che si fa sottilmente portatrice della separazione delle prospettive, adombrata nel testo, ma consentanea alla spesso invocata, pretesa, inarrestabile capacità di 'pro-gredire' della cosiddetta civiltà giuridica occidentale (oggi coniugata nelle polifonie globalizzanti), qualunque

entità vi si voglia poi concretamente ravvisare —, a cogliere l'enorme potenziale di rischio legato alla cessione delle informazioni sulla salute o dei dati genetici, la cui libera circolazione nello spazio informativo globale, e ancor più la loro utilizzazione da parte di soggetti come gli assicuratori o i datori di lavoro, possono determinare pesanti discriminazioni o stigmatizzazioni sociali” (S. RODOTA, *Un Codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in P. Cappellini, B. Sordi, ed., *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Firenze, 26-28 Ottobre 2000, Milano, 2002, p. 566 ss.).

Come si diceva, invece, seppur espressa in forme che sembrano ancora spesso irricevibili ad una koinè culturale nata storicamente in sottile ma diametricale polemica con 'quel' senso 'comune', l'elemento di forza che pervade tale diversa impostazione è dato dalla lucidità nell'individuazione della reale 'gerarchia' (per usare di altro termine modernamente sgradevole) delle cause o delle poste in gioco, e quindi del 'tono' che anche l'intervento sul piano giuridico dovrebbe assumere, individuando non già, in forza di una analisi non più congrua neppure dal punto di vista meramente economicistico, 'vetero' destinatari come soggetti-controparte, ma i reali 'attori' della trasformazione in corso: “Desacralizada la existencia y aplastados los grandes principios éticos y religiosos de todos los tiempos, *la ciencia pretende convertir los laboratorios en vientres artificiales*. ¿Se puede pensar algo más infernal que la clonación? ¿Podemos seguir día a día cumpliendo con tareas de tiempos de paz, cuando a nuestras espaldas se está fabricando la vida artificialmente? Nada queda por ser respetado. A pesar de las atrocidades ya a la vista, el ombre avanza perforando los últimos intersticios donde se genera la vida. Con grandes titulares se nos informa de que la clonación es ya un éxito. Y nosotros, todos los hombres del planeta que no queremos esta profanación última de la naturaleza ¿que podemos hacer frente a la inmoralidad de quienes nos someten? La humanidad ha recibido una naturaleza donde cada elemento es único y diferente. Únicas y diferentes son todas las nubes que hemos contemplado en la vida, la manos de los hombres y la forma y el tamaño de la hojas, los ríos, los vientos y los animales. Ningún animal fue idéntico a otro. Todo hombre fue misteriosa y sagradamente único. Ahora, el ombre está al borde de convertirse en un clon por encargo; ojos celestes, simpático, emprendedor, insensible al dolor o, trágicamente, preparado por esclavo. Engranajes de una máquina, factores de un sistema, ¡que lejos, Hölderlin, de cuando los hombres se sentían hijos de los Dioses!” (ERNESTO SABATO, *Antes del fin* (1999), Barcelona, 2002, pp. 129-130.).

Quanto il senso (ancora miracolosamente) comune del 'profano' di diritto coglie è esattamente la problematica che stava per esempio alla base della 'amichevole' polemica sulla eventuale peculiarità delle forme moderne di dominazione (ovvero sul binomio oppositivo/congiuntivo tirannia/totalitarismo) e sulla possibilità di interpretarle a partire dal-

l'esistenza di una "natura umana", che possa essere considerata 'essenziale' in rapporto ai cambiamenti contingenti delle forme storico-giuridiche di dominazione: polemica che aveva visto di fronte nella Parigi degli anni tra i '30 e i '50 due personaggi appunto della caratura di Leo Strauss e Alexander Kojève (si veda da ultimo ora LEO STRAUSS, *De la Tyrannie précédé de Xénophon Hiéron suivi de Tyrannie et Sagesse par Alexander Kojève et de Mise au Point par Leo Strauss ainsi que de la Correspondance Leo Strauss-Alexander Kojève (1932-1965)*, Paris, 1997). Che val quanto dire affrontare in modo non elusivo la questione 'decisiva' che affaticava anche il pensiero di un Carl Schmitt, il quale come è ben noto era arrivato a sostenere appunto la radicale derivazione secolarizzante di tutti i principali concetti giuridici dalla teologia cristiana. Ma anche in qual senso quella secolarizzazione intendeva muoversi o si muoveva a rimorchio di forze altrettanto decisive. Ecco un punto fondamentale che decide della capacità di sguardo e di intervento del politico e del giurista inviluppati nella modernità, e che essi, senza in qualche modo trarsi dalla propria ombra, non possono intendere; qui, e nei momenti migliori gli interventi del volume del quale si fornivano suggestioni di lettura ne sono 'segno', si articola anche il contributo ancora ben definito di un pensiero storico-giuridico altrimenti poco familiare o 'superato': "Quel che pare essere la 'secolarizzazione' di concetti teologici dovrà essere inteso, in ultima analisi, come un adattamento della teologia tradizionale al clima intellettuale generato dalla filosofia o scienza moderna, sia naturale che politica. Il processo con cui si 'secolarizza' la nozione della provvidenza culmina nell'idea che le vie del Signore sono scrutabili dagli uomini sufficientemente illuminati. La tradizione teologica riconosceva il misterioso carattere della provvidenza specialmente dal fatto che Dio usa o permette il male per i suoi fini buoni. Essa asseriva, pertanto, che l'uomo non può orientare il suo cammino con la provvidenza di Dio, ma solo con la legge di Dio, la quale vieta puramente e semplicemente all'uomo di fare il male. *Nella misura in cui l'ordine della provvidenza venne ad essere considerato come intelligibile per l'uomo, e dunque nella misura in cui il male venne ad essere considerato manifestamente necessario od utile, il divieto di fare il male perdette molta della sua evidenza* — non si tratta, in proposito, che di suggerire una peraltro evidente connessione con le problematiche giuridiche appena sopra accennate (si cfr. nel testo di riferimento, per un esempio connesso all'art. 156, par. 2 del nuovo codice penale spagnolo, che a determinate condizioni ammette la non punibilità della sterilizzazione della persona incapace che soffre di grave deficienza psichica, le analisi di Gabriel García Cantero, pp. 321 ss.) —. *Sicché varie maniere di agire, che prima erano condannate come cattive, ora potevano essere considerate come buone. Le mete dell'azione umana furono abbassate. Ma proprio ad un abbassamento di queste mete tendeva con piena consapevolezza fin dalle sue origini la filosofia politica* — e

aggiungeremmo, giuridica — *moderna*”, (L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (1949-1952), trad. it., Venezia, 1957, p. 306, sottolineature nostre).

Nei confronti della lucidità (machiavellianamente-weberianamente? non per caso, forse, Löwith, nei suoi ricordi di una vita in Germania, parla della natura e forza demoniche del maestro del *Beruf*) disincantata e scientificamente provveduta di noi (ancora per quanto?) ‘moderni’, molte delle ‘attuali’ disamine giusnaturalistiche potranno perciò apparire nella migliore delle ipotesi ‘postulatorie’: ma, appunto, per usare di un titolo ‘rubato’ alla tesi scientificissima di un grande come Eugène Minkowski, se esse possono anche solo indicarci un “Au-delà du rationalisme morbide” troppo spesso proprio delle nostre ‘scienze’, allora sarà valsa la pena dell’istaurazione di questo dialogo ‘impossibile’. Perché — come indirettamente ci insegna Kafka (cfr. G. Deleuze, F. Guattari, *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, 1997) — “una letteratura minore non è quella di una lingua minoritaria, quanto piuttosto quella che una minoranza produce in una lingua maggioritaria”.

PAOLO CAPPELLINI

Un libro nuovo, anzi novissimo: ‘La Proprietà’ di Ugo Mattei

1. Libro novissimo non per la sua data di pubblicazione, anche se è appena di ieri (U. MATTEI, *I diritti reali — 1 — La proprietà*, Torino, Utet, 2001), quanto per l’approccio metodologico, gli strumenti diagnostici, l’impianto, e soprattutto la consapevolezza culturale di cui è portatore e da cui è inconfondibilmente segnato.

Appena che l’ho avuto tra le mani, m’è venuto voglia di leggerlo. Si è trattato di lettura non facile, forse a causa di un linguaggio che viene da lontano e che non appartiene al lessico usuale del giurista italiano (personalmente, trovo poco sopportabile il verbo ‘allocare’, usato di continuo e che mi suona tecnicamente equivoco), ma, compiuta la impegnativa fatica, quasi una ventata d’aria fresca ha gratificato i miei polmoni avvezzi da tempo a respirare l’aria smorta delle piatte compilazioni. Purtroppo, la quasi totalità della letteratura civilistica italiana (si perdoni a un non-civilista un giudizio che può sembrare saccente ma che è soltanto accorato), anche dei civilisti più giovani, ha un andazzo bassamente compilatorio: opere tecnicamente provvedute, che denunciano buona conoscenza della letteratura e della giurisprudenza della provincia italiana, magari con qualche fioretto di citazioni tedesche e nordamericane (il più delle volte artificiose), ma senza quello spirito scientifico di ricerca, senza quel progetto nella testa dell’autore, senza

quella coscienza culturale, che le sollevi dall'ammasso informe della troppa carta stampata inutilmente o con scarsissima utilità.

Tutto l'opposto, in questo libro, un libro d'autore, un libro che reca la firma del colto e intelligente scrittore non solo nel frontespizio ma in ogni pagina, in ogni riga. Un libro cui siamo lieti di dare il benvenuto e che segnaliamo, proprio per il suo carattere tridimensionale, sia ai civilisti che ai comparatisti e storici del diritto.

L'elogio è grosso e va concretamente motivato.

Libro tridimensionale. Mattei sente, infatti, di doversi misurare su di un piano che non è certamente quello esegetico. L'esegesi, come gli esercizi sillogistici sul testo normativo, così come il palafitticolo maneggiamento dogmatico della norma, sono tutte scelte di comodo, connesse a quel vizio capitale del civilista *post-codicem* che è la pigrizia, pigrizia intellettuale, pigrizia culturale. Un vizio da cui appare senz'altro immune il nostro Autore; il quale, pur ben provvisto di un raffinato armamentario tecnico, avverte che la tecnica è soltanto un prezioso strumento ma insufficiente per consentire al giurista di comprendere quel fenomeno squisitamente ontico che è il diritto. Da qui, l'immersione nella dimensione storica, comparatistica, internazionalistica. Con una ulteriore doverosa precisazione, che è necessaria essendo la presente segnalazione rivolta prevalentemente a un pubblico di storici o di sostenitori e amatori della storia del diritto: non ci sono pagine di introduzione storica schiaffate all'inizio senza alcuna compenetrazione col resto del libro, non ci sono quei grossolani e indigeribili 'cappelli' storici con cui i cultori del diritto positivo hanno ritenuto e ritengono di salvarsi l'anima sotto il profilo culturale; qui la dimensione storica intride il tessuto dell'intero volume diventandone fertilità e ricchezza. E lo stesso si può e si deve dire per quelle comparatistica e internazionalistica.

Libro tridimensionale, abbiám detto; ma, così dicendo, si fa un elogio e un torto a Mattei. V'è una quarta dimensione che è vivissima, ed è sottesa ad ogni rigo: quella economica. 'La Proprietà' di Ugo Mattei è infatti uno degli esempi più compiuti e anche più convincenti di 'analisi economica del diritto'. Si tranquillizzi il lettore critico, giustamente infastidito dai luoghi comuni (chi non suole oggi richiamarsi a questa benedetta analisi economica nel cospicuo gregge dei ripetitori di asserzioni nordamericane?): un siffatto osservatorio complesso serve a evitare il disegno di una cortecchia rinsecchita e — invece — a sorprendere un istituto vitale nel groviglio delle strutture e quale espressione delle forze che da esse promànano.

La scelta di Mattei è scomoda e la strada è indubbiamente in salita. Egli si addossa questo impegno pesante per due motivi, l'uno conseguente all'altro: perché ne ha le forze, e non ha nulla da spartire col gregge né dei compilatori né dei ripetitori (egli vive anche dal di dentro la esperienza giuridica statunitense); perché ha la sensibilità di intuire

che è ora di irrobustire il metodo fin qui usato (e abbondantemente logorato), e di insediarsi in un osservatorio spaziente.

L'indole di questa segnalazione non ci autorizza (come il volume meriterebbe) a un esame dettagliato, ma ci impone di dar conto delle novità d'impostazione e di diagnosi, che sono rilevanti.

L'avvio prende la consistenza di un rifiuto netto per quei modelli pre-confezionati, fossero anche quelli augusti e autorevoli offerti dalla tradizione romanistica, che hanno rappresentato per la proprietà il costo, se non della emarginazione, almeno della marginalizzazione rispetto agli altri istituti-cardine del diritto civile, contratto e responsabilità civile. Mentre questi ultimi si sono evoluti in stretta connessione con l'evolversi dei tempi e dei bisogni socio-economici, la proprietà si è vista condannare alla immobilizzazione nel cono d'ombra del paleolitico modello fondiario. E non ha torto Mattei quando coglie nel libro V del nostro Codice civile vigente "la vera asse portante della disciplina del mercato", mentre il libro III — pur con le sue profonde innovazioni in confronto al Codice del 1865 — è il testimone appartato de "la mancata soluzione del problema del rapporto proprietà-produzione-impresa". Si deve anche aggiungere che la coscienza del nuovo e dei nuovi bisogni e delle nuove invenzioni categoriali non si trasforma in iconoclastia: con grande equilibrio Mattei valorizza anche continuità e tradizione, da cui però non vuole lasciarsi irretire come in una gabbia.

Se questo è l'avvio, l'itinerario non può che snodarsi all'insegna di un rinnovamento metodologico, l'unico che riesca a operare un lavacro necessario degli occhi del civilista e permettergli il raggiungimento dello scopo che è l'individuazione di modelli "nuovi, rispondenti alle moderne esigenze di una mutata economia e di una mutata società".

L'imperativo culturale è sbarazzarsi del provincialismo connaturato al civilista italiano, delle sordità e miopie che a quello conseguono: egli, infatti, non può più fare i conti col solo diritto positivo italiano né coi soli giuristi italiani. Un simile bozzolo perverso lo si rompe "partecipando ad una comunità internazionale", comunità senza frontiere, ampliando il proprio sguardo verso tutta la complessità del paesaggio italiano, ma anche verso paesaggi alieni che hanno il pregio grande di fungere da momenti dialettici, e cioè da mezzi per la comprensione del presente e per la costruzione del futuro.

La complessità del paesaggio giuridico! È in una siffatta riscoperta il merito principale — merito culturale — del volume. Circola in esso la diffidenza verso un diritto costretto e ridotto a un testo, e circola l'esigenza sacrosanta di misurarsi con dati extratestuali. Se fonti principali restano legislatori, dottori, giudici, v'è una attenzione forte anche per una prassi di proprietari-gestori, sottratti all'esilio della irrilevanza dove li aveva gettati un ottuso orgoglio professionale. Le pagine di Mattei fan venire alla mente certe splendide pagine in cui il grande Ascarelli dilatava il numero delle fonti e vi ricomprendeva i semplici

uomini di affari, inventori geniali di schemi ordinanti nuovi nel magma della quotidiana vita economica.

Sottratta alla prigione dei testi normativi, la proprietà è vista “come la risultante istituzionale di una competizione fra mercato e gerarchia”, giacché mercato e gerarchia costituiscono le due realtà alternative che presiedono ad ogni processo produttivo. È, per Mattei, l’osservatorio salvante che consente un risultato a cui egli tiene molto e su cui insiste nel volume: un recupero, il recupero del diritto di proprietà come “categoria ordinante pienamente adatta ad organizzare e comprendere la complessità dei moderni rapporti privatistici”; il che potrà avvenire solo “attraverso un ripensamento critico della proprietà privata e della sua struttura” sì da permettergli di “affrontare in modo equilibrato le sfide provenienti dalla globalizzazione economica e culturale”. La proprietà, lasciata alle spalle la sua arcadia fondiaria, deve ormai abbracciare in un abbraccio latissimo anche le nuove patrimonialità che lo spazio telematico disegna e ancor più disegnerà nel futuro.

La proprietà ha ormai come suo interlocutore il mercato e come suo veicolo prevalente l’impresa. E alle multiformi richieste del mercato dovrà adeguarsi per essere alla stregua dei tempi, diventando essa stessa una realtà più distesamente multiforme. E, necessariamente, il mercato fa da sfondo a tutto il volume di Mattei, non per scelta convenzionale in un momento in cui ogni civilista impegnato, in Italia, si compiace di scoprirlo e si sente in dovere di parlarne (come fanno per il sesso appena scoperto gli adolescenti neo-pùberi), ma quale conseguenza lineare dell’osservatorio di analisi economica assunto dall’autore.

E a proposito del mercato quale topos obbligato, mi sia consentito di chiudere con un plauso, che non è rivolto al giurista Mattei, ma piuttosto all’uomo di cultura libero e schietto. Il plauso è per quella pagina dove egli, con fine anche se amaro umorismo, contempla l’itinerario di coloro che, dopo aver demonizzato ieri il mercato perché ideologicamente rigonfi, tutti oggi ormai presi da “un’ubriacatura neoliberista”, se ne fanno alfieri con un singolare e discutibile “giro di valzer politico-ideologico” che non ha nulla a che vedere con una interiore e rispettabile via di Damasco (segno qui volentieri, questa volta, per il lettore la pagina precisa: p. 36 e soprattutto nota 124, dove però stigmatizzerei l’uso — ohimè comune — dell’orrido aggettivo ‘eclatante’).

PAOLO GROSSI

A proposito di...

ANDREA BORTOLUZZI

GLOBALIZZAZIONE E DIRITTO: C'È ANCORA SPAZIO PER LA LEGGE?

“Vedi, Willem, ammette di non conoscere la legge e nello stesso tempo afferma di essere innocente”

F. KAFKA, *Der Process*

“Ego quidem mundi dominus: lex autem maris. Lege id Rhodia quae de rebus nauticis praescripta est, iudicetur, quatenis ei nostrarum legum adversatur”

Digesto, 14, 2, 9

1. *Legge e crisi dei miti del moderno*

Se il segno e il sogno del modernismo erano l'identificazione del singolo in miti simbolici collettivi e unificanti, lo stato, i partiti, i leaders politici, che portavano alla catarsi delle private esperienze nel loro esercizio pubblico, quelli del post-moderno sono la realizzazione del sè nel privato, l'autoaffermazione mediante esaltazione della individualità, la messa in pubblico di problemi privati ciò che porta alla declinazione di quei simboli e di quei miti.

Lo Stato espropriato dalla globalizzazione di un territorio che è suo “de iure” ma non “de facto” e il cittadino derubricato a individuo consumatore titolare di diritti ma di fatto privato della possibilità di esercitarli, diventano i protagonisti in negativo della crisi della legge secondo la definizione che ne dà Rousseau “quella cui l'uomo deve la giustizia e la libertà; questo organo della volontà di tutti che ristabilisce nell'ordine del diritto l'eguaglianza naturale tra gli uomini fondamento della libertà individuale e insieme dell'ordine sociale” (1) e dunque “la più sublime delle istituzioni umane” (2), che non ha confini ma una pienezza di poteri assoluta “essa impone ed esige in maniera incondizionata per eccellenza” (3).

(1) J.J. ROUSSEAU, *Discours sur L'économie politique*.

(2) Questo il pensiero di Rousseau nella prima stesura del *Contrat social* vedila citata in E. CASSIRER, *Il problema Gian Giacomo Rousseau in Tre letture di Rousseau*, Roma-Bari, 1994, p. 61.

(3) E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 62.

Quella legge su cui si fonda l'idea di uno stato costruito suo tramite quale modo di porsi dello "sfrenato assolutismo della sua volontà" (4).

Delle due anime della legge come concepita da Rousseau quella individuale e quella politica, il positivismo giuridico perde ogni nozione riducendola al senso di un atto di volontà politica, quello del legislatore, confinando la sua radice etica al rispetto procedurale, la giustizia nella legalità.

La tecnica odierna si incarica di ridurne la automaticità tecnologica, sintesi di procedura artificiale e prassi sociale a puro artificio tecnico per il cui tramite si realizza la sua potenza.

La legge è ridotta all'ente, puro artificio tecnico.

L'avvento delle nuove tecniche informatiche applicate al diritto viene celebrato dai cultori del positivismo giuridico, che riducono il linguaggio giuridico alla sola componente comunicativa e dunque prescrittiva, come espressione massima della riducibilità del linguaggio ordinario alla lingua giuridica, dapprima riducendolo al testo, al documento ed ora al dato: ecco chi preconizza che "il problema della compatibilità della legge col programma sarà risolto semplicemente identificando la legge col programma" (5).

Non da meno il terrorismo globale: l'attacco dell'11 settembre 2001 alle due torri di New York mette a nudo la assoluta permeabilità della solo artificiale e automatica concezione della legge e dello stato a qualsivoglia volere.

Il volere di agenzie terroristiche si impone all'idea dello stato come entità territoriale definita basata sul consenso e capace di rapporti con soggetti pari fondati sul diritto: la guerra contro uno stato può ben essere condotta da un gruppo criminale chicchessia organizzato su scala transnazionale.

Così come la libertà politica degli stati può essere minacciata da altri agenti che non siano stati aggressivi e con mire espansionistiche: le "sanzioni" del mercato globale nei confronti di stati che non si pieghino alle regole della globalizzazione possono essere ben più devastanti delle conseguenze di una "guerra locale" (6).

C'è ne abbastanza per dubitare che lo stato borghese moderno "diventato un idolo che si è impossessato della dimensione sacra di cui si erano spogliati i vecchi poteri religiosi e feudali" (7) chiamato ad amministrare il suo potere per mezzo della legge ridotta a simbolo metafisico, una artificialità che Karl Marx (8) tratteggiò così "l'astrazione dello Stato come tale appartiene solamente al mondo moderno,

(4) E. CASSIRER, *op. loc. cit.*

(5) A. LISERRE, *Sul rapporto tra automazione e diritto: l'avvento del documento elettronico*, in "Riv. Not." 1998, 5, 812.

(6) Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2000, p. 218.

(7) J. LE GOFF, *L'Europa medievale e il mondo moderno*, Roma-Bari, p. 34.

(8) K. MARX, *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*.

perché l'astrazione della vita privata appartiene solamente al tempo moderno... Nel Medioevo vita del popolo e vita dello stato sono identiche: l'uomo è il reale principio dello Stato... L'opposizione astratta, irriflessa, appartiene solo al mondo moderno, Il Medioevo è il dualismo reale, l'età moderna il dualismo astratto” possa ancora rappresentare “il ponte sicuro che consente di attraversare il confine della mortalità individuale” (9).

“Coloro che raziocinano contro le leggi ben possono farlo a cuor leggero, perché le leggi li circondano, li proteggono e li conservano in vita; per poco che le leggi accennassero a cadere tutte, passerebbe loro a un tratto la voglia di raziocinare e ciarlare:

in quella guisa che talor, veduto
da la lupa nel bosco, il pastor suole:
come spirito e senso abbia perduto,
gli muoion ne la lingua le parole

e correrebbero affannati al rimedio, a ricostituire le leggi quali che siano, per poter riacquistare sicurezza, ritrovare la pace e riprendere la calma: quella calma, che rende possibile perfino il raziocinio e l'accademica ciarla contro di esse”. Benedetto Croce messi alla berlina i detrattori della legge è ben conscio della astrattezza del volere in cui la legge giuridica si manifesta “volizione irreal... piano, disegno, modello...che si attuano o non si attuano dall'individuo operante”. D'altra parte per il nostro “leggi che sembrano ottime, restano inapplicabili, perché incontrano la tacita resistenza generale, o, come si dice, non rispondono ai costumi: il che basterebbe a illuminare le menti circa l'unità inscindibile del così detto Stato e della così detta società. Lo Stato non è una entità, ma complesso mobile di svariate relazioni tra individui... Diciamo soltanto che non bisogna dimenticare che il fittizio è fittizio e rinunciarlo a ragionarlo come reale e astenersi dal riempire volumi e volumi di faticose disquisizioni filosofiche, vuote di effetto, laddove vuote non sono, nella cerchia loro, le distinzioni pratiche da cui quelle prendon le mosse”. Abbiamo citato la prosa anche graffiante del Croce della “Natura economica delle leggi” (10) per far comprendere che certa icasticità nel sottolineare la concezione positivista della legge come norma “vuota di contenuto e perciò capace di accogliere qualsiasi contenuto” in cui è riposta la politica come esclusiva espressione dello stato “nazional territoriale” (11), uno stato chiuso che stringe uomini

(9) Z. BAUMAN, *op. cit.* p. 217.

(10) B. CROCE, *La natura economica delle leggi in B. Croce, Filosofia. Poesia. Storia*, Milano-Napoli, s.d.

(11) N. IRTI, *Norma e luoghi, problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 88.

leggi e merci nell'idea della sua appartenenza, per fronteggiare le odierne emergenze, appare davvero fuori luogo e fuori tempo⁽¹²⁾.

“L'occidente è accusato di 'legalismo' dai rappresentanti delle altre culture” si lamenta Harold Berman nelle sue *“Edward Douglass White Lectures on citizenship”* dedicate alla tradizione legale occidentale, che soggiunge “ciò che è esclusivamente occidentale, peraltro è la consapevole evoluzione storica del diritto attraverso le generazioni e i secoli, la storicità del diritto, il suo consapevole bilanciamento tra continuità e cambiamento, il suo concetto di una tradizione legale autonoma e in divenire che può persino sopravvivere a grandi rivoluzioni e essere da esse rinnovata”⁽¹³⁾.

Che si insista sulla concezione riduzionistica Kelseniana che confina il diritto alla norma e la socialità nell'idea di uno stato che come ha scritto il poeta polacco-americano Czeslaw Milosz “si è ingurgitato la società” una “dottrina che si risolve in un castello di forme, in una armonia astratta di linee angoli e cerchi, insomma in una geometria che doveva trarre forza da se stessa ma che era scaturita dal nulla e nel nulla si fondava”⁽¹⁴⁾ per affrontare in linea teorica le pratiche e complicatissime questioni che il diritto odierno pone ai giuristi, accademici, giudici, notai e avvocati consapevoli, è cosa che sgomenta e che rammenta a chi scrive una ironica espressione di Rodolfo Sacco “i giuristi spesso non leggono i giornali” (e a noi viene da aggiungere, “figuriamoci se sono in grado di affrontare una cybernavigazione”).

2. *Crisi del moderno e legge, ripensare e rivisitare le fonti: a proposito del “Diritto dei popoli” di John Rawls.*

Che il diritto occidentale sia in crisi nella accezione greca di “essere ad una svolta” o in quella cinese di “pericolo” e insieme di “opportu-

(12) Mi pare che il richiamo Crociano alla virtù della pratica nel campo della speculazione giuridica stia per condivisione dell'adagio kantiano secondo il quale “ciò che vale in teoria in virtù di certi principi di ragione, vale anche nella pratica”, su cui si basa la concezione di una “utopia realistica” come quella della “repubblica universale dei popoli”: una teoria “possibile” e “praticamente attuabile” avendo fiducia nella natura delle cose la quale “costringe anche quelli che spontaneamente non vogliono”. I. Kant, “Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica” in *Scritti politici e di filosofia del diritto*, Torino, 1936, p. 280. Sulla permeabilità della artificialità normativa per che si attui una politica di potenza dello stato, alla artificialità della tecnica, che gli si imporrebbe E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 93.

(13) H. BERMAN, *The western Legal Tradition in a millenial perspective: past and future in: Louisiana Law Review*, Vol. 60, Spring 2000, n. 3 p. 762.

E. SEVERINO parla di “divenire del mondo — la cui esistenza non può essere una semplice ipotesi, ma anche quando non lo si riconosce esplicitamente è l'evidenza suprema dell'intera cultura occidentale e innanzi tutto di quella filosofica”, *op. cit.* 93.

(14) P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Q.F.*, 2000, p. 226.

nità” è cosa certa. Come dice Harold Berman “L’occidente sta rapidamente cessando di essere il centro del mondo. Per la prima volta nella storia della razza umana tutti i popoli sono più o meno in relazione continua l’un con l’altro, e sono accomunati da un unico destino attraverso la comunicazione globale, la scienza e la tecnologia globale, il mercato globale, da una parte e dall’altra attraverso i fatti dell’inquinamento e della distruzione ambientale globale, attraverso malattie globali, povertà globale, guerre etniche e territoriali. Il nascere di una economia globale e la graduale comparsa di elementi di una società mondiale, e di un diritto mondiale potrebbe aver rafforzato la consapevolezza delle fonti e delle origini della tradizione legale occidentale. Di fatto tuttavia, la consapevolezza di quelle fonti, e la consapevolezza persino dell’esistenza di una tradizione legale occidentale è diminuita sostanzialmente nel diciannovesimo secolo” (15).

Il richiamo alle fonti sta a significare la necessità di ritornare a sondare e a discutere sui valori etici di una comunità sociale che sono fondativi della strumentazione istituzionale e dunque procedurale di una collettività.

Questa urgenza di un ripensamento rende labili i confini tra Politica e Diritto. Se il diritto si è fregiato nel diciannovesimo secolo della sua autonomia dalla politica fondandosi sul suo preteso rigore artificiale, docile strumento della politica per cui si fonda la volontà della autorità, oggi quella autonomia e quella artificialità sono ridotte a niente non assolvono alcun compito perché la scienza e la tecnica vivono il presente e prospettano il futuro autoregolandosi al di là e al di fuori di ogni decisione politica e di ogni artificiale procedimento normativo. Tutto questo non può non indurre l’uomo consapevole a ripensare le strutture procedurali che presidono l’umano consesso in cui vive a partire dai suoi fondamenti etici. A porsi la domanda: questo è eticamente corretto? E questa domanda chiede risposte non solo individuali ma collettive. E pone la collettività di fronte ad un ripensamento a partire da e su questioni che sono preliminari ai possibili scenari istituzionali e procedurali. Chi scrive ritiene che le odierne questioni etiche vadano affrontate pensando alla visione morale individuale e collettiva. Dico visione e non sentimento per uscire dall’equivoco dello stile confessionale del personalismo morale: attraverso le immagini è dato comprendere la corrispondenza tra “le sottigliezze della coscienza e i livelli dell’essere” (16). La comprensione ha luogo per mezzo di immagini le quali sono una terza possibilità tra mente e mondo. Quelle immagini sono le creazioni oggettive dello spirito umano che Karl Popper ha chiamato “Mondo 3” cui è applicabile il

(15) *Op. cit.*, p. 753.

(16) J. HILLMAN, *Il pensiero del cuore*, in *L’anima del mondo e il pensiero del cuore*, Milano, 2002, p. 46.

metodo scientifico per prova ed errore che porta ad un sistema di istituzioni politiche protettive ⁽¹⁷⁾, non le pure forme senza corpo del volutarismo empirico positivista che porta ad un sistema istituzionale autoritativo ⁽¹⁸⁾. Ma qui si sta già ragionando di preferenze: già si indicano soluzioni ad una questione tutta da discutere.

Quello che preme è intendersi sul fatto che il viaggio odierno del giurista debba scavare gallerie nei monti che gli si parano davanti, scendere in una parola negli abissi del divenire come è necessario quando si scompone un mito nei suoi tratti tipici. Il mito che il giurista odierno deve scomporre è quello dell'artificialità normativa ⁽¹⁹⁾.

Questa pratica non è poi così tormentosa per chi è abituato a ragionare per categorie ordinanti se prende le sembianze di un viaggio nella filosofia politica come quello che John Rawls ha di recente intrapreso dando alle stampe il suo "Il diritto dei popoli" ⁽²⁰⁾ che raccoglie i testi di tre seminari tenuti da Rawls a Princeton nell'aprile 1995 e la rivisitazione della sua idea di ragione pubblica un'opera che per dirla con lui "rappresenta il punto di arrivo delle mie riflessioni su come cittadini e popoli ragionevoli potrebbero vivere pacificamente insieme in un mondo più giusto".

Non si tratta di un trattato né di un manuale di diritto internazionale, avverte Rawls, che lo ritiene un lavoro "rigorosamente concentrato su certe questioni connesse al problema della possibilità di una utopia realistica e alle condizioni in cui potrebbe esistere. La filosofia è realisticamente utopica quando estende quelli che di solito sono considerati i limiti delle possibilità politiche pratiche. Le speranze per il futuro della nostra società poggiano sulla convinzione che la natura del mondo sociale consenta l'esistenza di società a democrazia costituzionale ragionevolmente giuste come membri della società dei popoli".

Rawls non si distacca dalla tradizione politica e giuridica occidentale liberal democratica solo che ne aggiorna i canoni e affronta con

⁽¹⁷⁾ Mi permetto di rimandare al mio: *Forma e regole giuridiche in Forma e mercato, le regole, le cose, gli atti*, Torino, 2000, p. 3.

⁽¹⁸⁾ Sulla concezione etica del diritto di Rousseau fondata sulla bontà dell'uomo come disposizione della volontà vedi: E. CASSIRER, *op. cit.*, p. 69, che avverte come cattiva una lettura della nozione di sentimento di Rousseau fondata sulla concezione etica della sola volontà razionale e cita questo passo "Gli atti della coscienza non sono dei giudizi bensì dei sentimenti; sebbene tutte le nostre idee ci vengano dall'esterno i sentimenti che le valutano sono al nostro interno ed è solo grazie ad essi che noi conosciamo la convenienza o l'opportunità che esiste tra noi e le cose che dobbiamo ricercare o dalle quali dobbiamo fuggire", *ibidem*, p. 76.

⁽¹⁹⁾ Quella artificialità è l'estrema razionazione di un credo etico: l'idea di una legge morale alla quale la volontà del singolo si sottomette liberamente che è a sua volta fondamento del diritto come puro ethos: la dottrina pura del diritto di Kelsen è figlia di una tale concezione etica.

⁽²⁰⁾ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Torino, 2001.

coraggio l'idea della dignità di sistemi politico giuridici che non seguono quel modello.

Il suo lavoro è particolarmente stimolante perché mette a confronto le idee sviluppate nei suoi due testi fondamentali, "Una teoria della giustizia" e "Liberalismo politico", entrambi pensati riguardo ad una singola realtà politica, ad uno stato nazionale con i problemi e le prospettive di uno scenario mondiale.

Ne nasce una teoria che mette seriamente in discussione scenari utopici e realismo politico, così come sino ad oggi elaborati e praticati in riguardo ai rapporti tra individui, tra gruppi e tra stati che si rifà a valori comuni senza che gli stessi assumano il significato di imperativi etici inderogabili: è come se Rawls consapevole della crisi di un modello, quello liberaldemocratico, non solo indichi vie per aggiornarlo, ma ne indichi di nuove che stanno nella consapevolezza della pluralità delle forme che possono portare ad un ordine politico e dunque giuridico.

3. *La teoria del "Diritto dei popoli" di Rawls.*

Non è questo il luogo per trattare di tutti gli aspetti toccati da quest'ultima opera Rawlsiana, ma di metterne in chiaro quelle parti che possono maggiormente contribuire al progresso del pensiero giuridico e quindi di chi il diritto pensa e pratica a partire da una analisi su come si dipani il pensiero del filosofo politico americano.

Il contenuto del diritto dei popoli si fonda sulla estensione a questi ultimi della idea della giustizia come equità alla cui base stanno il contratto sociale e la selezione per il raggiungimento di un accordo sui principi di giusto e giustizia da parte degli individui in una determinata società. Rawls applica la sua teoria ai popoli e non agli stati e ritiene che il suo "diritto dei popoli" sia conveniente ad una società definita per i suoi caratteri utopici e realistici insieme. Cinque sono i tipi di società nazionali presi in considerazione dalla teoria: la società dei popoli liberali ragionevoli, i popoli decenti, di cui vengono messe in luce le caratteristiche di quelli la cui struttura di base è dotata di una gerarchia a consultazione decente, gli stati fuorilegge, le società svantaggiate da condizioni sfavorevoli e quelle rette da forme di assolutismo benevolo, che sono quelle che rispettano i diritti umani, ma non sono società bene ordinate dal momento che ai loro membri non viene dato un ruolo significativo nelle decisioni politiche. L'estensione alla società dei popoli dell'idea generale di contratto sociale viene svolta in tre parti che includono sia una teoria ideale, sia una teoria non ideale. La prima parte della teoria ideale si occupa dell'estensione dell'idea di giustizia come equità alla società dei popoli liberal-democratici. La seconda parte della teoria ideale dell'estensione di quell'idea ai popoli decenti che, pur non

essendo società a democrazia liberale presentano caratteristiche che li rendono accettabili in qualità di membri di una società dei popoli.

La terza parte si occupa dei due tipi di teoria non ideale. Il primo tratta delle condizioni di non osservanza, delle condizioni cioè in cui certi regimi rifiutano di osservare il diritto dei popoli ragionevoli.

Si tratta degli “stati fuorilegge” che vengono presi in considerazione per quanto attiene le misure che possono essere prese per autodifesa nei loro confronti dalle altre società di popoli liberali o popoli decenti.

L'altro tipo di teoria non ideale tratta delle condizioni sfavorevoli cioè delle condizioni di società le cui circostanze storiche sociali ed economiche rendono loro difficile, se non impossibile realizzare un regime bene ordinato, liberale o decente che sia. Riguardo a queste società sfavorite i popoli liberali o decenti hanno un dovere di assistenza così da metterle in condizione di stabilire proprie istituzioni ragionevolmente giuste o decenti.

Lo scopo del diritto dei popoli sarebbe pienamente raggiunto quando tutte le società fossero state capaci di stabilire regimi liberali o decenti.

Elaborando una teoria del diritto dei popoli, Rawls elabora gli ideali e i principi della politica estera di un popolo liberale ragionevolmente giusto.

Il punto di vista dei popoli decenti viene preso in considerazione non tanto per sottoporre a critica i loro principi di giustizia ma per assicurarsi che gli ideali e i principi della politica estera di un popolo liberale siano ragionevoli anche da un punto di vista non liberale ma decente.

Il diritto dei popoli sostiene che si danno punti di vista non liberali decenti e che il problema di fin dove tollerare i popoli non liberali è essenziale per la politica estera liberale.

La elaborazione della teoria sul diritto dei popoli, segue la direzione tracciata da Kant nella sua “Pace perpetua” e la sua nozione di “foedus pacificum” interpretando questa idea nel senso che prendendo le mosse dall'idea basata sul contratto sociale della concezione politica liberale di un regime a democrazia costituzionale, la stessa vada estesa introducendo un'altra posizione originaria di secondo livello, in cui i rappresentanti di popoli liberali stipulano un accordo con altri popoli liberali. Ciascuno di questi accordi va inteso come ipotetico, non storico e i partecipanti sono considerati come popoli eguali situati simmetricamente nella posizione originaria sotto un appropriato velo di ignoranza.

Di qui l'equità dell'accordo tra i popoli.

4. *La sfida Rawlsiana: il luogo di verifica delle categorie etiche fondative di un popolo è quello del diritto dei popoli.*

La sfida di Rawls sta nel misurare l'applicabilità delle sue teorie della giustizia come equità fondata sul contratto stipulato tra individui

in una posizione originaria modellizzata e contraddistinta dal “velo di ignoranza” (ciò che pone i contraenti nello stato di non poter invocare ragioni non appropriate dato il loro scopo di rappresentare i cittadini come persone libere ed eguali) e basato sul pluralismo delle concezioni comprensive ragionevoli presenti nella società (filosofiche, religiose e politiche) come matrici del contenuto della concezione politica della giustizia di guisa che il contratto sociale nasce come frutto di un consenso per intersezione tra diverse dottrine comprensive ragionevoli ad una società dei popoli.

È come se Rawls ritenga che la verifica di una concezione secondo la quale “i principi di giustizia pubblicamente riconosciuti “sono accettati” volontariamente dai cittadini liberi ed eguali” fondandosi una tal concezione “sull’appoggio dei cittadini che sostengono dottrine comprensive diverse e contrastanti, benché ragionevoli” debba essere fatta sul terreno di una “utopicamente realistica” società dei popoli. Il modello istituzionale sta sullo sfondo delle teoria Rawlsiana della giustizia come equità e del consenso per intersezione ciò che le consente di modellizzarsi secondo principi ordinamentali: la matrice equitativa del contratto sociale fa sì che la legittimazione della sua coercitività non trovi fondamento nella violenza dell’atto autoritativo. Questa concezione classica⁽²¹⁾ dei fondamenti etici dell’obbligo politico e dunque giuridico che mette in discussione i fondamenti del positivismo giuridico “che riduce il diritto a regole vigenti che sono state promulgate da una unica autorità legislativa, quella statale, e che separa impercettibilmente l’“è” del volere politico dal “dovere essere” della ragione morale e dall’“era e sta accadendo” della memoria storica”⁽²²⁾ viene messa a confronto con una realtà paradigmaticamente priva di riferimenti istituzionali.

Il porto sicuro di un sistema di istituzioni giuste nell’ambito del quale si muove la teoria ideale nell’ambito di una singola società viene abbandonato da Rawls che affronta il mare aperto della globalizzazione su un vascello in cui ha stivato solo i suoi principi fondamentali del convivere civile in una società liberale, rinunciando ad armarlo di cannoni.

Si tratta di una sfida che pochi hanno saputo o voluto cogliere: l’idea che un insieme di principi propri del liberalismo politico possano “mettersi in viaggio” al di fuori del ricetta nel quale e per il quale sono stati pensati, l’idea di una loro diaspora che chiama il loro confronto con altri principi ed altri modelli (“mobili isole” nel vasto oceano della globalizzazione?), un confronto fondato sulla reciprocità e sul riconoscimento costituisce la novità assoluta della proposta Rawlsiana.

(21) Rawls concorda con la interpretazione di Cassirer del pensiero morale di Rousseau di cui abbiamo testé discorso.

(22) H.J. BERMAN, *op. cit.*, p. 763.

Uno stato nel quale la società gioca un ruolo non solo recettivo di ordini ma produttivo di regole basate sul contratto sociale e sul consenso per intersezione, in cui dunque la politica e il diritto sono sintesi di potere come sapere e potere come volere, ben può, secondo Rawls confrontarsi con le sfide della globalizzazione fronteggiandole adeguatamente.

La condizione perché la tradizione legale occidentale possa sopravvivere alla giustapposizione con altre tradizioni legali che sono basate su concezioni morali e storiche è quella di “riesaminare la base morale e storica della nostra tradizione legale e di conciliare tra loro le varie influenze religiose che nel passato hanno giocato significativi ruoli nella formazione di quella tradizione” (23).

È ciò che Rawls fa non rifiutando l’opzione politica a fronte delle sfide globali ma seguendo l’idea di Grozio del fondamento etico delle relazioni internazionali quale esposta nel suo “*De jure belli ac pacis*” (“Da quando erroneamente sostenuto da alcuni, e cioè che in guerra tutti i diritti cesserebbero, la guerra non può essere iniziata che per raggiungere il diritto e deve, una volta iniziata, essere condotta secondo le modalità del diritto”), e l’idea Rousseauiana del fondamento etico delle regole di convivenza sociale quale enunciate nel contratto sociale (“io voglio ricercare se nell’ordine civile possa esserci una qualche regola di amministrazione legittima e sicura, prendendo gli uomini quali sono e le leggi quali possono essere. In questa indagine cercherò di associare sempre ciò che il diritto permette con ciò che l’interesse prescrive, affinché la giustizia e l’utilità non vadano separate”): diritto della società dei popoli dunque e non della comunità degli stati (24).

5. *Globalizzazione e diritto: verso una legge di portata universale?*

Che indicazioni può trarre il giurista dal pensiero Rawlsiano? Innanzi tutto che il tormentato presente non può fare a meno della teoria politica e del diritto e che entrambe abbisognano di un pensiero che coniughi utopia e realismo: se le sfide che oggi vengono lanciate all’umanità civilizzata vanno oltre la realtà esse non possono essere affrontate se non sul piano di una utopia che possa essere realizzata e cioè che sia fondata sul sistema di valori che caratterizzano la nostra civiltà.

Quei valori sono comuni al pensiero politico e a quello economico.

(23) H.J. BERMAN, *op. loc. cit.*

(24) Rawls insiste sull’idea di un diritto dei popoli e non degli stati insistendo sulle fondazioni etiche e non istituzionali di una comunità sociale: egli fa esplicito riferimento al “comune sentire” come teorizzato da Mill e al carattere morale di un popolo, ciò che consente di ridefinire il concetto di sovranità: lo stato non è l’autore di tutti i suoi poteri.

Non esiste una società al mondo afflitta da penuria di risorse tale da non poter diventare una società bene ordinata qualora fosse organizzata in modo ragionevole e razionale. Ciò che fa la differenza tra società in campo economico sono la cultura politica, le virtù politiche e la società civile del paese, la probità e industriosità dei suoi membri, la loro capacità di innovazione. Rawls al proposito dell'inerzia di taluni governanti a risollevare le sorti economiche di un popolo chiama a presidio la tutela dei diritti umani, richiamandosi agli studi di Amartya Sen sulle cause sociali e politiche delle ultime grandi carestie. E non si può dimenticare che per Sen, che si richiama alla forte componente etica del pensiero di Adam Smith, l'efficienza della produzione e delle transazioni è fortemente condizionata dal grado di fiducia delle parti coinvolte: sia il mero interesse egoistico sia il mero ricorso alla legge non sarebbero efficienti quanto l'obbedienza ai codici di comportamento di matrice morale e accanto ai codici di comportamento morale vanno collocate le istituzioni che sostengono promuovono e regolano le attività economiche ⁽²⁵⁾.

Il diritto non è basato sulla supremazia della legge quale espressione di forza, la forza intesa non come violazione ma come fondazione del diritto, una forza su cui si basa l'eternità dello stato.

Il diritto si fonda non sulla legalità ma sulla giustizia (rovesciando la concezione Kelseniana per cui è giusto ciò che legittimo, Rawls afferma che la legittimità ha la stessa base dei principi di giustizia), una giustizia non procedurale ma fondata su principi sostanziali frutto di un contratto concluso tra gruppi il cui consenso matura per intersezione di diverse concezioni della giustizia, filosofiche, politiche, religiose, comunque ragionevoli. È il caso di riflettere sulla matrice morale della concezione realistica di giustizia: essa impone di considerare le persone come sono e le leggi morali e civili come potrebbero essere e che i suoi principi primi siano praticabili e applicabili agli ordinamenti politici e sociali correnti.

L'essere e il dover essere, regola e prassi sociale si declinano insieme nell'essere politicamente giusto.

C'è e il giurista odierno non può esimersi dal coglierlo, in questa

(25) Sulla concezione etica economica e politica di Sen, A.K. SEN, vedi: *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Bologna, 2000. Chi scrive si sta occupando della dimensione etica, economica e giuridica, dei c.d. "distretti industriali" e in quella sede ha avuto modo di osservare come le concezioni del sentimento morale di Adam Smith, che Sen ha riportato alla luce, fossero fondamento della scuola di pensiero economico che possiamo definire "lombarda" e che ha fra i suoi artefici l'illuminista Pietro Verri con la sua *"Meditazioni sulla economia politica"* e il federalista risorgimentale Carlo Cattaneo con il suo *"Del pensiero come principio di economia pubblica"*. A proposito delle "Meditazioni" del Verri si rimanda al capitolo "Dall'economia politica all'economia morale" di C. CAPRA, *Progressi della ragione, vita di Pietro Verri*, Bologna, 2002. A proposito "Del pensiero" del Cattaneo la bella edizione curata da Carlo Lacaita, Milano, 2001.

affermazione la radice della concezione illuminista del rapporto tra sapere e volere tra loro bilanciati⁽²⁶⁾ in una legge “che ristabilisce nell’ordine del diritto l’eguaglianza naturale tra gli uomini”. La forza del diritto sta nell’assenza di forza arbitraria della legge⁽²⁷⁾. Rompere questo bilanciamento significa fare del puro costruttivismo: ecco allora che il diritto trova fondamento nell’uso di ideali e principi e concetti politici morali per specificare una società ragionevole e giusta, nella considerazione delle persone come cittadini, nel carattere educativo delle istituzioni, politiche e sociali, nella tolleranza.

Le libertà garantite dalla costituzione, debbono essere non solo formali (in che il libertarismo) ma sostanziali devono cioè assegnare mezzi onnivalenti sufficienti a rendere capaci tutti i cittadini di fare un uso intelligente ed efficace delle loro libertà (in che il liberalismo)⁽²⁸⁾.

Se i cittadini sono gli attori della koinè nazionale, i popoli lo sono di quella internazionale: i popoli liberali hanno un governo democratico costituzionale ragionevolmente giusto al servizio dei loro interessi fondamentali, cittadini uniti da quello che Mill chiamava “comune sentire” e una natura morale.

I popoli e non gli stati sono gli attori sulla scena del mondo e i popoli sono sovrani in quanto sono riconosciuti come tali dalla comunità internazionale e in quanto abbiano le caratteristiche di base dei popoli liberali e applichino i principi di giustizia fra popoli liberi e democratici⁽²⁹⁾.

Se il diritto di una società non si basa sulla forza dello stato ma sulla libertà dei suoi cittadini, lo stato non deve la sua sovranità alla forza che

(26) “Il sapere, questo è il pensiero raggiunto adesso da Rousseau è senza pericolo a patto che non si innalzi senz’altro al di sopra della vita staccandosi da essa, ma voglia servire all’ordine della vita stessa. Esso non deve pretendere per sé un primato assoluto; perché nel regno dei valori spirituali il primato spetta alla volontà morale”, E. CASSIRER, *op. cit.* p. 24.

(27) E. CASSIRER, *op. cit.* p. 26.

(28) “Un regime libertario non sarebbe dotato di stabilità per le ragioni giuste, che è sempre assente in un regime costituzionale puramente formale” J. RAWLS, *op. cit.* p. 64.

Requisiti per raggiungere questo grado di stabilità sono per Rawls:

una certa equa eguaglianza di opportunità specialmente nel campo della istruzione e della formazione; una distribuzione decente di reddito e ricchezza che garantisca a tutti i cittadini i mezzi onnivalenti loro necessari per avvantaggiarsi in modo intelligente ed efficace delle libertà fondamentali di cui godono; la società come datore di lavoro in ultima istanza attraverso il governo centrale o locale; assistenza sanitaria di base per tutti i cittadini; finanziamento pubblico delle campagne elettorali e mezzi per assicurare la disponibilità di informazioni pubbliche su questioni di politica.

(29) I principi del diritto dei popoli quali enunciati da Rawls sono i seguenti: i popoli sono liberi e indipendenti e la loro libertà e indipendenza devono essere rispettate da tutti i popoli; i popoli sono tenuti all’osservanza dei trattati e degli impegni presi; i popoli sono eguali e prendono parte agli accordi che li vincolano; i popoli sono tenuti all’osservanza del dovere di non intervento; i popoli sono tenuti a onorare i diritti umani; i popoli sono tenuti all’osservanza di certe specifiche restrizioni nella condotta di guerra.

esercita sugli individui ma al riconoscimento della comunità internazionale.

Lo stato è sovrano non in quanto si fonda su una politica di potenza dentro e fuori dai suoi confini ma in quanto applica principi di giustizia al suo interno ed è rispettoso di quelli propri della comunità dei popoli.

Il giurista avverte tutta la dirompenza di un concetto di diritto basato sull'ordine promosso dai suoi attori, individui e popoli: dove la presenza istituzionale non è essenziale alla costruzione di un concetto ordinamentale del diritto fondato sulla giustizia e non sulla legalità⁽³⁰⁾.

E che è legittimato da una concezione del diritto che si sradica dal territorio dello Stato per viaggiare per il mondo: non già o solo "ius gentium"⁽³¹⁾ legge consuetudinaria, distinta e talvolta confliggente con quella nazionale ma "ius mundi"⁽³¹⁾ capace di sciogliere l'antinomia tra "nomos della terra" e "diritto del mare" di Schmittiana memoria.

(30) Il consenso per intersezione tra diversi concezioni comprensive ragionevoli che sta alla base del contratto si cui si fonda una società giusta e l'idea che la sovranità statale stia nel riconoscimento del suo corrispondere ai principi informatori del diritto dei popoli al di fuori di qualsiasi quadro istituzionale coercitivo fa riecheggiare nella memoria di chi scrive le pagine di Santi Romano, in primis quelle su "L'ordinamento giuridico" e di "Oltre lo stato" su che le belle note di P. Grossi nel suo *Scienza giuridica italiana, un profilo storico*, Milano, 2000, p. 109 ss. Sul concetto di ordinamento e dell'ordine come sue elemento fondante sempre di P. Grossi, *Oltre le mitologie giuridiche cit.*, p. 230 ss.

(31) La "lex mercatoria" che regola i rapporti commerciali transnazionali e che trova fondamento nella consuetudine non è di per sè fondante della giustizia delle sue regole quando esse contravvengano i principi di giustizia propri dei popoli liberali e della comunità dei popoli. Di ciò fa avvertiti i suoi lettori Rawls che ricorre al termine "diritto dei popoli" per indicare i principi politici particolari per la regolazione dei rapporti politici reciproci tra i popoli. Piuttosto è indice di quella ricchezza delle fonti del diritto che il riduzionismo positivista ha disseccato. Sulla questione vedi P. GROSSI, *Pagina Introduttiva* (ancora sulle fonti del diritto) Q.F., 2000, p. 5 e H. BERMAN, *op. cit.* p. 758.

(32) Di formazione di una "tradizione legale mondiale" parla H. BERMAN, *op. cit.*, riferendosi alla legge consuetudinaria della economia mondiale, la "lex mercatoria" dalla quale sono regolati i vari tipi di transazione privata transnazionale nonché ai principi regolativi degli scambi internazionali affidati al diritto pubblico internazionale, e alle migliaia di associazioni non profit e non governative le così dette INGO che includono organizzazioni che hanno come scopo il progresso della medicina e della salute, i diritti umani, la pace mondiale, la scienza mondiale, diritti civili e politici, carità e assistenza, protezione ambientale capaci di istituire ambiti regolativi autonomi. Rawls è attento a distinguere "la prospettiva cosmopolitica" e "il diritto dei popoli"; esso deve includere principi politici ragionevoli per tutti i soggetti politicamente rilevanti; per i cittadini liberi ed eguali e i loro governi e per i popoli liberi ed eguali. Dovrà includere inoltre direttive per la formazione di organizzazioni per la cooperazione tra i popoli e per la specificazione di valori doveri e obblighi. Se il diritto dei popoli è ragionevolmente completo in questo senso, esso ha "portata universale" in quanto può essere esteso a fornire principi per tutti gli ambiti politicamente rilevanti. Mentre la prospettiva cosmopolitica si occupa del benessere degli individui, e quindi della possibilità di migliorare il benessere della persona che sta globalmente peggio ciò che conta per il diritto dei popoli è la giustizia e la stabilità per le ragioni giuste delle società liberali e delle società decenti, nella loro veste di membri di una società dei popoli bene ordinati.

I richiami filosofici e letterari urgono nella mente di chi scrive: che si limita a sottolineare come l'utopia realistica Rawlsiana tenda a superare "l'ingiunzione paradossale o contraddittoria" tra legge della società e legge del potere come messa a nudo nei romanzi di Kafka, "Das Schloss" e "Der Process" ove la denuncia dell'incomprensibilità e della arbitrarità di un potere superiore o supremo attraverso la dimostrazione della incomunicabilità tra il mondo dei protagonisti dei suoi romanzi e le istituzioni, il castello, il tribunale⁽³³⁾; e a vanificare l'anatema di Schmitt (che riprende una concezione della legge propria di Rosenzweig secondo la quale essa va concepita come espressione della forza di cui lo stato si è assicurato il monopolio e che pone la propria legge necessariamente dove essa ha luogo e la difende come essa possa durare in eterno, e dunque si inverte e dura solo nel segno della terra) secondo il quale la forza del libero commercio indifferente ad ogni localizzazione sostituisce il "nomos della terra" con un "pluriverso senza ordine e senza determinatezza, di patti contraddittori e vuoti" giustificati a posteriori sulla base di dubbi precedenti artificialmente generalizzati⁽³⁴⁾.

La legge è diaspora e terra: essa si fonda su principi fondamentali u-topici (senza luogo).

"Il pensiero è avvolto da un'aureola. La sua essenza, la logica, rappresenta un ordine e precisamente l'ordine a priori del mondo, vale a dire l'ordine delle possibilità che devono essere comuni al mondo e al pensiero. Ma quest'ordine deve essere, pare, estremamente semplice. È anteriore ad ogni esperienza; deve compenetrare tutta l'esperienza e, a sua volta, non deve venir meno contaminato da oscurità o incertezze di natura empirica. Dev'essere anzi di cristallo purissimo. Ma questo cristallo non si presenta come un'astrazione; ma come qualcosa di concreto, anzi come la cosa più concreta, per così dire, la più dura" ammonisce Ludwig Wittgenstein⁽³⁵⁾.

Un'ordine di cristallo purissimo come quello che Rawls ha sapientemente disegnato facendoci dimenticare quello basato su "una foresta

(33) "Chi vive nel mondo A riceve dal mondo B degli ordini che andrebbero eseguiti secondo una logica diversa da quella di A". Siamo dunque in un ambito analogo a quello dell'ingiunzione paradossale o contraddittoria. C. SEGRE, *Mondi possibili e mondi profetici nei romanzi di Kafka*, in *Ritorno alla critica*, Torino, 2001. "Le metafore del processo e della burocrazia del castello finiscono per essere anche delle metonimie di ciò che dal potere politico dipende, la magistratura, la burocrazia" nota Segre che aggiunge: "è proprio considerando l'ingiunzione paradossale come la modalità propria dei rapporti fra potere e l'uomo che Kafka ha individuato una realtà che nessun argomento oggettivo gli permetteva di prevedere... Questa interpretazione è avvalorata da Kafka stesso, nel suo scritto "Zur frage der Gesetze" (La questione delle leggi): le leggi, dice, sono un segreto del piccolo gruppo di nobili che ci governa; di queste leggi non si sa nulla, nemmeno se esistono".

(34) Vedi M. CACCIARI, *Errante radice in: Icone della legge*, Milano, 2002, p. 49 ss.

(35) L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Torino, 1967, p. 62.

di regole e di una miriade di obblighi spesso assurdi che ormai controllano ogni nostra attività, (che) sono un incubo che pesa senza requie su di noi, e non ci permette mai di essere certi di aver commesso delle infrazioni. La nostra colpa sta nella legge, più che nel nostro comportamento” (36).

6. *A proposito di qualche applicazione pratica di un diritto universale.*

Le indicazioni che attengono i rapporti tra i popoli vogliono essere qui solo citate: e così quelle relative alla guerra giusta contro gli stati fuorilegge, alla assistenza agli stati svantaggiati alla civile convivenza con quelli decenti (senza nascondere le perplessità di chi considera la posizione Rawlsiana eccessivamente condiscendente al sacrificio dei diritti civili nell'ambito delle istituzioni di questi popoli) in che anche l'opera di educazione verso la piena acquisizione da parte di questi ultimi dei principi propri del liberalismo politico (che assumono un contenuto profetico alla luce di quanto accaduto l'11 settembre dello scorso anno) quelle riguardo ad una vigilanza dei popoli liberi nei confronti di manifestazioni di violenza e di illibertà che non può essere appannaggio di strumenti solo repressivi, quelle riguardanti l'immigrazione, il controllo delle armi nucleari e degli altri strumenti di distruzione di massa.

Mi pare possa essere di un qualche interesse meditare se i principi politici messi in chiaro in riguardo ad un diritto di portata universale possano esser oggetto di una qualche applicazione pratica immediata, ciò che consente di sperimentarne il realismo.

Principiamo dai rapporti tra costituzioni e diritti fondamentali.

Il Rawlsiano diritto dei popoli lascia il problema istituzionale sullo sfondo (37) ciò che tende a demitizzare non solo lo stato ma anche la costituzione. Non è un caso che Lorenzo Ornaghi (38) parli in riguardo alla nostra epoca come quella di una nuova età delle costituzioni vedendo nella definizione “una sorta di stridente ossimoro, se non di illegittimo e innaturale connubio” mettendo il risalto che ogni tentativo di revisione o modificazione costituzionale è oggi avvolto nel “cono d'ombra di un modello unitario della moderna organizzazione del potere mentre l'ampliarsi e l'accelerarsi delle trasformazioni in atto vengono a legare ancor più saldamente fra loro la vitalità di una

(36) C. SEGRE, *op. cit.*, p. 27.

(37) C'è una sorta di “angoscia d'identità” in rapporto alla mancanza esplicita di riferimenti istituzionali nell'opera di Rawls, che traspare anche dalla peraltro acuta prefazione all'edizione italiana del libro di Sebastiano Maffettone, il che non significa che il filosofo americano disdegni il ruolo dello stato, visto che afferma in maniera perentoria che “il diritto dei popoli non pone in dubbio l'autorità dello stato nel far rispettare il governo della legge democratica”.

(38) La *Nuova età delle costituzioni*, a cura di L. ORNAGHI, Bologna, 2000, Introduzione.

costituzione e l'essenziale ruolo politico di una organizzazione statale che, rispetto alla sua comunità di cittadini e dentro il sistema politico internazionale sempre più diventerà uno "stato al plurale".

Quello stare sullo sfondo del problema istituzionale è ben chiaro a chi ha contribuito alla approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Se Ornaghi parla di Stato al plurale e dunque può ben convenire con Rawls che sul fronte della cittadinanza e dei popoli facenti parte della comunità internazionale esso deve "fare i conti" con caratteristiche di base e principi di diritto comuni che prescindono, ora e qui, dalla proceduralizzazione della loro attuazione, la recente approvazione della Carta Europea dei diritti dei popoli, come ha denunciato Stefano Rodotà ha avviato un processo inedito "attraverso i diritti si pongono le premesse per la costituzione di uno spazio pubblico europeo e si pongono quindi le basi per la nascita di quel demos" (39).

I giuristi sapranno "frequentare la dimensione dell'inedito che non è l'ignoto"? Ed è davvero impossibile che la costruzione europea possa procedere senza incontrare la forma stato? Rodotà si risponde positivamente "non basta una costituzione prigioniera di un riduzionismo che ne faccia il luogo, pur relevantissimo, della sola architettura istituzionale..una costituzione è tale se insieme alla macchina istituzionale contiene una vera e forte dichiarazione di diritti... Una costituzione che ignorasse una dichiarazione dei diritti non sarebbe solo senz'anima, non sarebbe una costituzione".

Non riecheggiano qui le parole di Rawls su libertarismo e liberalismo? Sulla effettività dell'esercizio dei diritti? Sulla strumentalità di un sistema di istituzioni giusto per la loro realizzazione?

Passiamo al campo del diritto civile.

Il contratto vi assume oggi una assoluta centralità: se per Giorgio Oppo non è mezzo per conseguire la proprietà ma strumento di ordinaria attività (40) per Francesco Galgano esso "è il principale strumento di innovazione giuridica" a fronte della inettitudine della legge alla innovazione dell'economia contemporanea metanazionale e in continua trasformazione (41).

Quel contratto stipulato secondo le odierne tecniche non è un contratto oggettivo e spersonalizzato, fondato ora sul dialogo ora sui nudi fatti, un accordo la cui oggettività è assicurata per il tramite di comportamenti tipici la cui astrattezza e generalità è fondata sulla autorità di cui è investito dalla legge. La forma quale sintesi di regola e

(39) S. RODOTÀ, *La carta come atto politico e come documento giuridico*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 57 ss.

(40) G. OPPO *Sui Principi generali del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 1991, p. 490.

(41) F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, *Contratto e Impresa*, 2000, p. 197 s.

prassi sociale è fondativa dell'accordo. L'accordo è il frutto di una raggiunta posizione di equilibrio stabile per le ragioni giuste ⁽⁴²⁾.

Tracce consistenti di una tale concezione dell'accordo contrattuale sono nel codice civile in riguardo ai principi di buona fede, nella contrattazione (art. 1375) e nella interpretazione (art. 1366) ed equità, in sede interpretativa (art. 1371) ⁽⁴³⁾, nella disciplina delle condizioni generali di contratto, e dei contratti conclusi mediante moduli o formulari, così come in quella di derivazione comunitaria in tema di protezione contrattuale del contraente non professionale.

Non è qui rinvenibile, in nuce, la concezione Rawlsiana del padre di tutti contratti, quello sociale, tra tutela dell'individuo e tutela degli interessi collettivi tra essere e dover essere, il contratto come mezzo per "conseguire il genere di stabilità che le leggi (naturali i.e. principi generali) permettono ossia una stabilità per le ragioni giuste" ⁽⁴⁴⁾ ?

La rilevanza giuridica di quella che è stata definita la "congruità dello scambio contrattuale" ⁽⁴⁵⁾ quale mezzo giuridico funzionale a rendere giustizia in riguardo alle c.d. tecniche di oggettivazione dell'accordo è ora principio acquisito in sede giurisprudenziale ⁽⁴⁶⁾.

Passiamo ai rapporti tra diritto e tecnologie informatiche.

Ammonisce Emanuele Severino che se la tecnica è utilizzata per realizzare scopi antagonisti tra volontà confliggenti allora la tecnica è chiamata a dominarci ⁽⁴⁷⁾.

E fa presente che il divenire come conflitto siffatto rappresenta una interpretazione non una necessità.

La norma intesa come testo scritto, può essere intesa come documento (simbolo logico capace di rappresentare una realtà sempre eguale a sé stessa) o come monumento (essa non parla da sé sono le strutture segniche, i contesti in cui la norma è chiamata ad operare a determinare il valore degli elementi che ne stanno alla base).

⁽⁴²⁾ Mi permetto di rimandare a A. BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto*, in *Vita Notarile*, 1999, p. 1618, scritto a proposito di un dibattito tra N. Irti e G. Oppo sulle odierne tecniche contrattuali.

⁽⁴³⁾ Sulla questione ho trovato illuminanti le pagine di A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico, L'accordo. L'impegno*, in *Il Contratto, Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Vol I, Padova, 1992.

⁽⁴⁴⁾ J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, cit., p. 17.

⁽⁴⁵⁾ R. ROLLI, *Le attuali prospettive di oggettivazione dello scambio: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?* *Contratto e Impresa*, 2, 2001, p. 611

⁽⁴⁶⁾ Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511.

Chi scrive vi ha fatto ricorso quale Giudice Onorario: ad esempio in materia di inversione della responsabilità tra locatore e locatario finanziario, in riguardo alla consegna del bene oggetto di leasing e in materia di responsabilità del c.d. "agente immobiliare" nel caso di intermediazione di vendita di fabbricato di civile abitazione sprovvisto del decreto di abitabilità.

⁽⁴⁷⁾ E. SEVERINO, *Atto secondo*, in *op. cit.*, p. 93.

Il pensiero giuridico positivista riduce il linguaggio delle regole giuridiche alla sola componente comunicativa e dunque prescrittiva.

In verità il linguaggio giuridico è fatto di segni, atti che sintetizzano il farsi delle regole e di messaggi in cui si sostanzia il prodotto dell'attività linguistica segnica, le norme. I primi si fondano sulla struttura formale del segno forma appunto, atto, sintesi di regola e prassi sociale. I secondi si rendono, visto l'uso prevalente dello scritto nel linguaggio giuridico, in documenti: le leggi, i regolamenti, i contratti. Questi documenti non sono simboli autoreferenziali che parlano da sé. Il documento va letto come insieme degli elementi che lo compongono, la regola, la prassi sociale, il messaggio. Sono i contesti a determinare il significato di questi elementi: il significato non è qualcosa di dato ma di ricavato a posteriori mediante contestualizzazione.

Il mito positivista del linguaggio delle norme giuridiche come testo solo prescrittivo, è messo in crisi dalla lettura semiologica del linguaggio scritto e da quella critica del documento.

Come abbiamo visto sopra il riduzionismo linguistico del positivismo giuridico può esercitarsi anche in riguardo ai dati propri del linguaggio informatico.

Una tale concezione è già oggi vivente in riguardo al trattamento dei dati: è il caso della pubblicità immobiliare informatizzata ma vi è negletta in riguardo alla forma telematica, i.e. firma elettronica avanzata, dove la concezione della forma come segno e del documento come monumento di cui si è testè discorso (48).

Gli scenari giuridici futuri vedranno una moltitudine di operatori informatici imputatori di dati in un sistema e una ristretta oligarchia di tecnici informatico-giuridici soggetti al dominio della tecnica e attuatori dei suoi fini, o sarà dato di utilizzare la tecnica come mezzo per attuare la giustizia e per realizzare i principi del liberalismo politico?

Tutto sta nel non interpretare il divenire come affermazione di potenza. E qui ci soccorre ancora Rawls: le istituzioni non sono "un'agenzia autonoma intenta al perseguimento delle proprie ambizioni burocratiche. Inoltre non sono guidate dagli interessi delle grandi concentrazioni del potere economico di aziende private, un potere nascosto alla pubblica conoscenza e quasi del tutto privo di responsabilità" (49) e ancora "le istituzioni politiche e sociali possono essere modificate dalle singole persone.. come disse Saint Just "la felicità è un'idea nuova per l'Europa". Con ciò intendeva che l'ordine sociale non era più considerato qualcosa di fisso: le istituzioni politiche e sociali potevano essere riformate allo scopo di render i popoli più felici e soddisfatti.

(48) Mi permetto di rimandare a A. BORTOLUZZI, *Forma telematica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Appendice 2002.

(49) J. RAWLS, *op. cit.* p. 31.

Uno scopo che i “moeurs douces” di Montesquieu, l’idea che una società commerciale tenda a plasmare nei cittadini virtù quali diligenza, industriosità, puntualità e probità e che il commercio tenda a condurre alla pace, possono aiutare a conseguire.

Le indicazioni contro una concezione del divenire come conflitto tra concezioni politiche di potenza in che la vittoria di un diritto inteso come legge fondata sulla forza, una legge pensando alle nuove tecniche, tecnocratica affidata ad una ristretta elite di tecnocrati e a una moltitudine di operatori informatici, stanno nel connubio tra regola e prassi sociale, tra istituzioni concepite e funzionanti per il bene comune e un’idea di mercato anch’esso fondato su salde basi etiche.

Siamo alla fine del nostro lungo discorso: c’è ancora spazio per la legge in questo nostro mondo? La risposta è sì. Ma è una legge ben diversa da quella che il positivismo giuridico ha concepito: essa non ha il legislatore statale come unica sua fonte e qualunque sia la sua fonte, la consuetudine, il contratto, la “lex mercatoria”, essa ha da confrontarsi con i principi propri dell’ordine giuridico di una democrazia costituzionale ragionevolmente giusta e con i principi del diritto dei popoli ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Questa pratica non è estranea al nostro ordinamento. Le sue fonti sono, per quanto attiene l’interpretazione della legge l’art. 12 delle delle disposizioni sulla legge in generale e l’art. 1322 del Codice Civile per quanto riguarda i contratti.

Paolo Grossi insiste sulla necessità di una esplicita abrogazione di quella vera e propria reliquia del diritto che è l’art.12 delle Disposizioni preliminari al codice civile. P. GROSSI, *Oltre i limiti*, cit. — che impone che, nel dubbio interpretativo si debba ricorrere ai principi generali dell’Ordinamento dello stato. Non possiamo che condividere il suo pensiero anche se fortunatamente la lettura oggettiva di una tal norma è già stata messa in crisi dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale può essere conforme all’ordine pubblico internazionale anche una norma straniera permissiva, che contrasti con una norma proibitiva de diritto nazionale. Si deve guardare piuttosto, ai principi accolti in nazioni di civiltà affine, anche se privi di riscontro in Italia — Cass. 5 aprile 1984, n. 2215 e Cass. 8 gennaio 1981, n. 189.

Quanto alla applicazione dell’art. 1322 c.c. in riguardo ai contratti tipici e atipici, va ampliandosi il concetto secondo il quale una tal norma fissi il principio secondo il quale è solo dato ai giudici di poter espletare il controllo di meritevolezza degli assetti giuridici privati secondo l’ordinamento giuridico.

Sulla estensione di quel controllo al notaio in riguardo ai contratti della “lex mercatoria” mi permetto di rimandare al mio: *Forma e interpretazione nel negozio giuridico notarile*, Torino, 1998, p. 46.

Quanto alla pluralità delle fonti nel diritto odierno e ad una concezione ordinamentale della positività del diritto Paolo Grossi scrive: “Occorre prendere atto del ruolo assai più modesto che i nuovi tempi e il nuovo diritto riservano alla legge, prendere atto del complesso e variegatissimo panorama delle fonti. Coerentemente mandare in soffitta senza rimpianti una nozione meccanicistica di legalità come corrispondenza ad un testo normativo autorevole. Questo principio di legalità formale deve cedere al più comprensivo principio di giuridicità dove la corrispondenza è con i valori di un intero ordine giuridico.

Inutile ripeterlo ancora: un ordine giuridico che si distende ben al di là e ben più in profondo dei confini della statualità”. P. GROSSI, *Introduzione*, cit., p. 7.

Così per finire davvero (e la citazione che segue costituisce un severo banco di prova per i giuristi che vogliano frequentare la dimensione dell'inedito) il giurista odierno non dovrà essere curioso del mondo come il filosofo convenendo con lui che “dobbiamo concepire le leggi e tutte agguagliare alla categoria della legge così la Magna charta inglese, come lo statuto della “mafia” siciliana o della “camorra” napoletana; così la Regula monachorum di san Benedetto, come quella della “brigata spendereccia”, che Folgore da San Gemignano e Cene della Chitarra cantarono in sonetti e che Dante ricorda; così il diritto canonico e il codice militare, come quel *droit parisien*, che un certo personaggio del Balzac aveva studiato per tre anni nel salottino celeste di una signora e in quello roseo di un'altra, e che, quantunque nessun ne parli mai, forma (diceva il gran romanziere) “un haute jurisprudence sociale, qui, bien apprises e bien pratiquées, mène a tout”... Una curiosa sorta di falso pudore stima contrario alla dignità filosofica l'immischiarsi di certi argomenti, e inclina perciò a restringere arbitrariamente, e di conseguenza a falsare, taluni concetti filosofici. E quello di legge in particolare è avvolto da una tradizione di solennità e reca con sé associazioni che occorre rimuovere... La vita si compone di azioni piccine e di azioni grandi, di minimi e di massimi, o meglio di un fitto tessuto di azioni sempre varie; e non è pensiero troppo accorto tagliare quel tessuto in pezzi, e scartarne alcuni meno belli, per contemplare poi nei soli pezzi prescelti, e così ritagliati e sconnessi, il tessuto, che non c'è più?”⁽⁵¹⁾.

E Harold Berman soggiunge: “L'opportunità è di restaurare e rinnovare la nostra tradizione legale non cercando di ricreare uno stato improntato al “laissez-faire” ma creando una legge che non domini o indebolisca ma sia sottoposta e rafforzi i corpi sociali che formano quella che è stata chiamata la “società civile”. Una tal legge deve venire non solo dallo stato ma dagli stessi corpi sociali. Infatti, nella tradizione legale occidentale, specialmente nelle sue prime fasi era dato per scontato che la legge venisse non solo e non primariamente dal potere legislativo dello stato ma anche e primariamente dalle relazioni create in concreto da individui e gruppi nelle loro reciproche interazioni. Non solo lo stato, non solo le autorità governative, ma il popolo, la comunità sono stati intesi come una fonte primaria della legge. Nel passato era pacifico che la legge consuetudinaria, legge non ufficiale, fosse una fonte primaria della legge dello stato, la legge ufficiale e che una delle caratteristiche principali della legge dello stato fosse di rafforzare i diritti e le obbligazioni che sorgono dalla legge consuetudinaria: H. BERMAN, *op. cit.*, p. 757.

⁽⁵¹⁾ B. CROCE, *op. cit.* p. 604.

DAMIANO CANALE

DIBATTITO SULLA CODIFICAZIONE
E CRITICA NEO-ILLUMINISTA:
ALCUNE CONSIDERAZIONI DI METODO

(a proposito di P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*, Genova, Compagnia dei Librai, 1999)

Vi sono passaggi nella storia del sapere giuridico che presentano una strana ambivalenza: se ogni buon storico riconosce il loro carattere paradigmatico per gli sviluppi della giurisprudenza, non di meno resta assai controverso quali siano i significati teorici, i risvolti istituzionali e l'effettiva portata epocale che vanno ad essi attribuiti. Il dibattito di inizio Ottocento sull'opportunità di introdurre un codice in Germania rientra senz'altro tra questi fenomeni del tutto singolari. A partire dalle indagini ad ampio respiro di Erik Wolff e Hans Thieme fino ai più recenti contributi di Joachim Rückert, a ridosso di questa famosissima *querelle* si sono infatti confrontate non solo le opposte interpretazioni di alcuni snodi epocali nella storia giuridica tedesca, ma modi spesso assai diversi di concepire la ricerca storiografica, il suo statuto metodologico e i suoi obbiettivi culturali.

Paolo Becchi è intervenuto recentemente in questo dibattito con due volumi, diversi sia per oggetto che per stile della trattazione. Il primo in ordine di pubblicazione — *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione* — raccoglie una serie di saggi scritti dall'autore nell'ultimo decennio, dedicati al periodo che va dalla recezione del codice napoleonico durante la Confederazione Renana alla ben nota disputa tra Thibaut e Savigny. Il secondo — *Giuristi e principi* — nasce invece come compendio per le lezioni universitarie e focalizza l'attenzione sul retroterra dell'età della codificazione, l'illuminismo giuridico europeo, ripercorrendo l'arco temporale che va dalla riflessione giusfilosofica di Leibniz fino agli albori della scuola storica del diritto ⁽¹⁾. Al di là delle evidenti differenze di stile tra i due lavori — la meticolosità ricostruttiva del primo lascia posto, nel secondo, a comprensibili esigenze di sintesi

⁽¹⁾ I due volumi sono stati editi dalla Compagnia dei Librai di Genova rispettivamente nel 1999 e nel 2000.

— essi appaiono complementari non solo alla luce del lasso storico considerato, ma anche per l'intento critico che li accomuna, ovvero per il modo di intendere la storia della cultura giuridica di cui si fanno portavoci.

Proprio su questo punto vale la pena fin da subito concentrare l'attenzione: nelle pagine introduttive di *Ideologie della codificazione in Germania*, Becchi sottolinea come attraverso questa sua ricerca egli ha inteso raccogliere l'eredità di Giovanni Tarello, proseguendone l'opera laddove questa si era purtroppo interrotta, ovvero il dibattito sulla codificazione in Germania. Come lo stesso Becchi si affretta a precisare, tuttavia, l'impegno a "proseguire l'opera del Maestro" non si risolve nella mera continuazione di una ricerca altrui, ma viene filtrato dalla "personale sensibilità culturale" dell'autore (p. 10), una sensibilità che conduce ad esiti critici degni di attenzione.

In queste pagine tenterò di precisare quale sia, a mio modo di vedere, la peculiare rideclinazione dello stile storiografico di Tarello messa all'opera da Becchi (I) e a quali acquisizioni storiografiche essa consenta di approdare nei due lavori recentemente pubblicati (rispettivamente II e III); proporrò infine alcuni brevi interrogativi in ordine ad un ipotetico statuto della storia della cultura giuridica moderna, puntando l'attenzione sul concetto di "ideologia" (IV).

I. Se a tutt'oggi non si manca di sottolineare la rilevanza dell'opera di Giovanni Tarello nel campo della teoria generale del diritto, del diritto civile, del diritto del lavoro e della sociologia giuridica, sorprende per altro verso notare come un'attenzione sempre minore venga invece riservata alle ricerche dedicate dallo studioso genovese alla storia della cultura giuridica. La ragione di questo progressivo oblio può apparire ad un primo sguardo del tutto giustificata. Se molto si è insistito nel caratterizzare l'approccio di Tarello alla storia come "caccia alle ideologie", in un'epoca che riconosce se stessa proprio nella "fine delle ideologie", nel loro superamento storico e categoriale, le indagini storiografiche del poliedrico studioso genovese non possono che apparire datate. Il proposito di considerare ogni dottrina o teoria giuridica non tanto come tale, quanto in funzione della sua utilizzazione politica, sembra infatti peccare a sua volta di un ideologismo larvato, la cui pretesa critica mal si accorda con l'irrefrenabile bisogno odierno di ricostruire una continuità ideale tra passato e presente, per attribuire a quest'ultimo un'identità che spesso ci sfugge.

Ma fare di Tarello un semplice censore delle ideologie giuridiche non rende certo giustizia allo studioso genovese. L'elemento forse più significativo delle sue indagini storiche risiede infatti altrove, ovvero nella peculiare sinergia tra teoria generale del diritto e storiografia che emerge dai suoi lavori. Lo svelamento delle ideologie latenti nelle diverse teorie o concezioni del diritto costituisce solo l'esito dell'indagine, il suo punto di approdo. In Tarello sono piuttosto le categorie

fondamentali della teoria del diritto a costituire i veri operatori della ricerca storica, gli strumenti che consentono cioè di organizzare il materiale documentale e di ritrovare in esso un senso (2). In ciò mi pare risieda la vera originalità di un lavoro come *Assolutismo e codificazione*, su cui si sono formate almeno due generazioni di studiosi e che offre, a venticinque anni dalla sua pubblicazione, ancora tanti spunti di riflessione.

Va da sé che elevare endiadi concettuali come validità-effettività o legislazione-giurisdizione a chiavi comprensive di realtà a noi lontane può apparire, ad un primo sguardo, un'operazione quanto meno pericolosa. Così facendo, infatti, il discorso giuridico del passato tende ad assumere significato solo alla luce dei problemi contemporanei, ovvero di riflesso a differenziazioni concettuali messe a punto dalla scienza giuridica novecentesca, a cui Tarello ha fornito un contributo non irrilevante. Il pericolo è cioè quello di osservare il passato con degli occhiali troppo orientati alle categorie e ai problemi odierni, non cogliendo la singolarità storica dei contesti giuridici a noi lontani. Il rischio di omologare il passato al presente, di cui Tarello aveva in realtà piena consapevolezza, viene tuttavia neutralizzato attraverso una scelta mirata del campo d'indagine. Gli operatori concettuali utilizzati appaiono infatti "attivabili" solo in riferimento ad un'epoca precisa: l'illuminismo giuridico e la cosiddetta età delle codificazioni, nella quale le opposizioni sopra ricordate gettano le loro radici storiche. Proprio il peculiare oggetto d'indagine scelto da Tarello nella sua opera maggiore, del tutto funzionale — contrariamente a quanto spesso accade nella ricerca storiografica — agli strumenti comprensivi utilizzati, consente di chiarire l'operazione culturale inseguita dallo studioso genovese: risalire alle origini storiche dei problemi contemporanei, al fine di elevare il passato a chiave critica del presente. In ciò mi sembra risiedere l'eredità più significativa del Tarello storico del pensiero giuridico, certo non meno degna e feconda di quella che egli ci ha lasciato in molti altri campi del sapere giuridico.

Nel raccogliere questo lascito scientifico e culturale, Paolo Becchi non si limita tuttavia a far proprie le istanze metodiche del maestro, ma opera un significativo "rovesciamento" dell'approccio storiografico tarelliano. La chiave teorica di questo proseguimento/rovesciamento potrebbe essere così formulata: una singola dottrina, teoria o concezione del diritto non viene ricostruita da Becchi alla luce delle categorie

(2) Ciò è stato ben posto in evidenza da N. BOBBIO, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII (1989), 2, p. 314. Sul punto vedi anche M. TARUFFO, *Giovanni Tarello e la storia della cultura giuridica*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica europea*, Bologna, il Mulino, 1989, pp. 253 ss. Sui significati assunti dalla parola "ideologia" negli scritti di Tarello vedi inoltre M. BARBERIS, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII (1987), 2, pp. 317-355.

teorico-giuridiche contemporanee, né quindi in funzione della sua portata "ideologica", ovvero del programma politico ad essa sotteso. Ogni teoria viene piuttosto ripercorsa dal suo interno, muovendo dalle scansioni concettuali che le sono proprie, così come esse appaiono generate dal dibattito politico e dalle trasformazioni storiche del tempo. La fedeltà ai testi ed ai contesti che contraddistingue lo scrupolo storiografico di Becchi, ad ogni modo, non smarrisce una funzione critica nei confronti delle "ideologie". Queste ultime finiscono piuttosto con l'assumere un volto rinnovato: a differenza di quanto pensava Tarello, secondo Becchi l'ideologia si nasconde non tanto nelle articolazioni della storia, diventando una categoria comprensiva eterna o trans-epocale, quanto nelle pieghe della stessa ricerca storiografica. Sono in altre parole le scelte interpretative dello storico a rivelare una portata ideologica, che finisce inevitabilmente col tradursi in un giudizio rivolto al presente. Solo riflettendo sul proprio operare lo storico può dunque diventare consapevole delle proprie scelte interpretative, e con ciò assumere un atteggiamento critico nei confronti delle false "immagini del mondo" che sembrano pervadere il dibattito culturale contemporaneo ⁽³⁾.

Potremmo quindi dire che nelle pagine di Becchi la carica ideologica di una teoria storicamente connotata non si identifica coi suoi effetti politici in riferimento all'epoca in cui trovò formulazione, ma con la ricostruzione che lo storico ne dà, e quindi con la sua capacità di stimolare il nostro sguardo critico nei confronti della realtà che ci circonda. L'ideologia viene intesa cioè come un effetto del presente, non come un correlato intrinseco della scienza giuridica di ogni epoca e luogo. Tale sembra essere la convinzione che anima Becchi nei due volumi recentemente pubblicati, lavori nei quali, in misura più o meno esplicita, l'analisi storica vera e propria si incrocia costantemente con la critica storiografica e con la storia della storiografia. Ciò nel tentativo di smascherare, attraverso la *vis* polemica che contraddistingue l'autore, i vizi prospettici e i pregiudizi consolidati che spesso affliggono le nostre ricostruzioni del passato ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Becchi osserva come la caccia alle ideologie "[sia] di nuovo aperta. Ma con una differenza di rilievo: l'oggetto da snidare non è più la politica, ma una serie molto più complessa e diffusa di nuove ideologie" (BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania*, cit., p. 295). Torneremo sul punto in sede conclusiva.

⁽⁴⁾ Va sottolineato ad ogni modo come Becchi, pur rovesciando le scansioni dell'approccio storiografico di Tarello, non si allontana completamente dallo stile del maestro. In Tarello era certo prevalente l'interesse per la valenza ideologico-politica di una certa dottrina giuridica: "il profilo propriamente teorico e metodologico [gli] interessava meno di altri, ma questo non implicava che intendesse negarne l'esistenza" (*ibidem*, p. 300), per quanto tale spazio d'indagine risultasse assai ridotto. Da qui il tentativo di Becchi di riempire questa lacuna ricorrendo ad un diverso approccio storiografico, che conserva un nesso di continuità con l'opera del maestro ma ne corregge al contempo il tiro.

II. Per capire lo statuto, gli esiti e le eventuali aporie di questa opzione storiografica, la cosa migliore è osservarla all'opera. Un primo spunto in tal senso è fornito dai nuclei tematici e dagli autori attraversati da Becchi in *Ideologie della codificazione in Germania*. L'originalità prospettica del lavoro risulta qui palese. È noto infatti come nella storiografia dell'ultimo secolo il dibattito sulla codificazione sia stato il più delle volte ridotto al confronto polemico tra Thibaut e Savigny, un confronto che ha così acquistato una valenza simbolica, diventando, suo malgrado, il simulacro di un supposto conflitto eterno tra ragione e storia, tra intelletto e spirito, tra innovazione e tradizione. Riprendendo e sviluppando spunti provenienti da autori come Kiefner e Rückert, Becchi mostra invece la complessità di questo snodo epocale: quello attorno alla codificazione fu in realtà un dibattito a più voci, che coinvolse tutti i principali esponenti della scienza giuridica tedesca di inizio secolo. Non solo: la lotta pro e contro l'introduzione di un codice in Germania non rivela un significato meramente politico, riducibile allo scontro tra forze conservatrici e istanze proto-liberali. All'altezza di questa polemica si incrociarono in realtà molteplici livelli tematici, posti ben in evidenza dall'autore. Ricordiamo solo i principali: 1) l'esigenza di certezza del diritto e quindi la lotta contro il particolarismo giuridico; 2) la qualificazione scientifica del diritto romano, da taluni eletto a *ratio scripta*, da altri ridotto a mero diritto straniero, in quanto tale estraneo alla realtà costituzionale tedesca; 3) la concretizzazione normativa dell'idea di soggetto unico di diritto, tesa a semplificare la struttura dell'ordinamento giuridico e a superare l'articolazione per ceti della società; 4) il ruolo da riconoscere all'attività interpretativa del giudice; 5) i caratteri ed i compiti attribuiti alla scienza giuridica; 6) il modo di concepire la storia e con essa la storicità della giurisprudenza; 7) il retroterra più squisitamente filosofico della lotta pro e contro la codificazione, giacché "dietro lo scontro tra diverse politiche del diritto si celava un confronto tra diverse prospettive filosofiche" (p. 185). Si tratta di snodi tematici, ad eccezione degli ultimi due, in realtà già in gran parte enucleati dalle indagini di Tarello, verso le quali Becchi non manca di dichiararsi debitore. Ma la preminenza riconosciuta all'ascendenza più strettamente "filosofica" di una dottrina consente all'autore di gettare nuova luce su di essi, arricchendone i significati al di là delle indicazioni tarelliane. Viene in tal modo ricordato come la disputa attorno al ruolo della scienza giuridica, o alla funzione "normativa" da riconoscere al diritto romano recepto, si situi sullo sfondo di una radicale trasformazione dei concetti di "sistema" e "storia", che proprio all'inizio dell'Ottocento cominciano ad assumere significati nuovi. Allo stesso modo una soluzione a prima vista di mera tecnica legislativa, come l'introduzione del soggetto unico di diritto, non si limita a semplificare ed a razionalizzare il sistema giuridico, ma sottende una trasformazione rilevante dell'idea moderna di libertà, che proprio sul

finire del Settecento comincia ad identificarsi con l'autonoma espressione del volere.

Il sottolineare la molteplicità di livelli problematici che si incrociano a livello del dibattito sulla codificazione, non esaurisce ad ogni modo la proposta interpretativa di Becchi. Sono gli attori stessi di questo dibattito a moltiplicarsi improvvisamente: accanto alla figure di Thibaut e Savigny incontriamo infatti nomi poco noti al pubblico italiano, come quelli di Brauer, Almendigen, Rehberg, Grolman e Gönner, oppure due capitoli riservati rispettivamente ad un inusuale Anselm Feuerbach civilista — figura essenzialmente nota, almeno in Italia, per la sua riflessione nell'ambito del diritto penale — e alla posizione assunta invece da Hegel in riferimento all'annoso problema della codificazione, rapporto questo assai frequentato in sede storiografica, ma a cui Becchi si accosta in maniera originale ⁽⁵⁾. Tali scelte rispecchiano da un lato l'intento di sottoporre a revisione critica i giudizi sugli autori "classici" del dibattito in questione, e dall'altro quello di dar voce a "chi pensava che la codificazione fosse in quel momento possibile" (p. 10), ovvero agli esclusi, alle figure considerate tradizionalmente di secondo piano.

Ciò consente di gettare luce nuova su un autore come Thibaut, spesso citato in letteratura ma meno di frequente letto con attenzione. Becchi ha qui il merito di offrirci un'immagine di Thibaut che va ben al là del mero esponente dell'illuminismo razionalista, o dello strenuo sostenitore di un codice per la Germania. Emergono piuttosto le stagioni alterne della sua riflessione, segnate dalle altrettanto alterne vicende politiche tedesche, la sua distanza dalla scuola dell'esegesi alla luce della funzione critica riconosciuta alla scienza giuridica, il suo timore nei confronti dell'idea di sovranità popolare, la sua peculiare visione della storicità del diritto ⁽⁶⁾. Quest'ultima non veniva certo in sé negata (come avrebbe invece imputato Savigny a tutti gli esponenti della scuola a-storica) ma concepita piuttosto quale espressione di una razionalità giuridica plurale, legata ai caratteri peculiari di ogni singola nazione, che era diventata tipica nel tardo giusnaturalismo settecentesco in seguito alla ricezione delle opere di Montesquieu ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Richiamando in particolare l'attenzione sulle *Lezioni* di Heidelberg, Becchi osserva come Hegel assumerebbe una posizione "intermedia" o "di sintesi" tra Thibaut e Savigny, laddove il favore nei confronti della codificazione si accompagnerebbe al riconoscimento del ruolo eminentemente creativo delle corti giudicanti nel processo di produzione del diritto. Sul problema del rapporto tra Hegel e gli autori del suo tempo si veda comunque il paragrafo III di questa nota.

⁽⁶⁾ L'originalità delle pagine dedicate da Becchi alla figura di Thibaut è stata sottolineata, tra l'altro, da Hans Hattenhauer nella sua lusinghiera recensione a *Ideologie della codificazione in Germania*, apparsa nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (G.A.)*, CXVII (2000), pp. 770-771.

⁽⁷⁾ Questa concezione alternativa della storicità del diritto, bel lontana da quella di Savigny, trova una ulteriore e più complessa formulazione nell'opera di Feuerbach.

L'effetto di questa analisi critica non è soltanto quello di svelare alcuni aspetti del pensiero di Thibaut poco conosciuti, ma anche quello di rimettere in questione i termini della celeberrima disputa che vide quest'ultimo opporsi a Savigny. L'immagine di un Thibaut riformista moderato, fautore di una razionalità giuridica che passa anche attraverso la storia, sostenitore non senza esitazioni dei programmi di codificazione, finisce infatti col revocare in dubbio la supposta distanza teorica e politica tra i due autori. Becchi si confronta qui in realtà con le indicazioni provenienti dalla storiografia tedesca più avveduta, la quale è arrivata a sostenere, non senza ragioni, che la famosa *querelle* fu espressione più di un malinteso che di una effettiva distanza intellettuale⁽⁸⁾. L'opposizione tra Thibaut e Savigny sarebbe in tal senso diventata tale solo per effetto della distorsione prospettica della storiografia tradizionale, che nel tentativo di isolare opposti ideal-tipi del sapere giuridico ottocentesco ha finito col fare violenza ai documenti e alla storia. Becchi, tuttavia, si accosta con sguardo critico a questa suggestiva ipotesi: se è pur vero che non è possibile parlare di una vera e propria opposizione tra Thibaut e Savigny, è pure scorretto assimilare *in toto* le loro posizioni. Due sono i luoghi teorici in cui la distanza tra di esse appare nonostante tutto palese: 1) in Thibaut il diritto è concepito come un patrimonio di tutti i consociati, non come un ambito a cui può avere accesso la sola scienza giuridica, che, a detta dell'Autore, Savigny eleverebbe a "forma di rappresentanza senza mandato popolare e responsabilità politica nei confronti del mandatario" (p.

Come nota Becchi, per il Feuerbach critico di Savigny "la *storia* del diritto, da sola, non era in grado di spiegare la *natura* del diritto" (p. 182); occorre cioè "distinguere il problema storico" dell'origine del diritto "da quello filosofico della sua fondazione" (p. 184). Da qui il progetto di una giurisprudenza universale, in grado di risalire, per via comparativa, all'essenza razionale di ogni manifestazione giuridica. Di grande interesse è inoltre lo stretto collegamento tra codificazione e costituzionalizzazione del diritto che Becchi ravvisa negli scritti di Feuerbach. Proprio nei primi anni dell'Ottocento, infatti, si sviluppa in Germania un ricco dibattito sui nuovi significati assunti dal concetto di *Konstitution* sull'onda degli eventi rivoluzionari in Francia, un dibattito che formerà il lessico del futuro costituzionalismo tedesco. Peccato che l'autore non dia conto, se non per brevi cenni, di questo importante snodo nella storia del pensiero giuridico, richiamando magari l'attenzione su una figura chiave come quella di Wilhelm von Humboldt. Ciò avrebbe oltretutto fornito ulteriori frecce al suo arco di critico delle ideologie storiografiche. Su questo punto vedi, da ultimo, M. LALATTA CASTERBOSA, *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, Milano, Giuffrè, 2000.

(8) Vedi per tutti J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Gremer, 1984, pp. 160 ss. Becchi si sofferma a lungo su questo lavoro di Rückert nel capitolo conclusivo di *Ideologie della codificazione in Germania* (pp. 252 ss.). Manca invece nel volume un confronto diretto con una delle rare riflessioni approfondite dedicate in Italia alla figura di Thibaut, e al rapporto intrattenuto da quest'ultimo con Hugo, Gönner e Savigny: quella offerta da Paolo Cappellini nel suo *Systema Iuris. I: Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 275-323.

260); 2) il codice rappresenta per Thibaut il frutto delle energie della nazione intera, posto a garanzia di una visione proto-liberale dei principi di uguaglianza e libertà; in Savigny il ceto dei giuristi rimane invece l'unico interprete legittimo dello spirito del popolo, in senso tecnocratico ed elitario. Proprio queste puntualizzazioni — che nel ristabilire opportunamente una distanza tra i due autori, peccano tuttavia di una certa superficialità critica nel momento in cui pretendono di cogliere le posizioni teoriche di Savigny, ben più complesse ed articolate — segnano la via di ulteriori possibili itinerari di approfondimento del dibattito attorno alla codificazione, che credo potrebbero essere proficuamente percorsi. Esse sottolineano infatti, tra le righe, la centralità e al contempo il carattere problematico assunto dal concetto di “popolo” nel primo ventennio dell'Ottocento, a ridosso del quale si gioca non solo il futuro delle istanze latamente “liberali” o “democratiche” in Germania, ma l'idea stessa di costituzione. Non meno importante appare poi la questione della scientificità della giurisprudenza, snodo teorico questo che non assume una rilevanza di primo piano solo col *Methondenstreit* di fine secolo, ma che costituisce il motore di sviluppo dell'intera scienza giuridica tedesca fin dalla riflessione metodologica del giovane Savigny.

Va quindi riconosciuto a Becchi il merito di rideclinare in maniera profonda il quadro interpretativo tradizionale, offrendo al lettore un'immagine ben più complessa e variegata del dibattito attorno alla codificazione. Questo viene finalmente inteso non come un evento episodico o estemporaneo, quanto piuttosto quale punto di emersione di una serie di trasformazioni di enorme portata che investirono il tessuto teorico e costituzionale tedesco agli albori del XIX secolo. Occorre tuttavia notare come la rivisitazione dell'orizzonte interpretativo proposta dall'autore lasci paradossalmente vuoto un tassello comunque molto importante: quello occupato dalla figura di Savigny. In *Ideologie della codificazione in Germania* il riferimento a questo autore non assume infatti una forma organica: Becchi si limita a riproporre alcune linee argomentative, già in sé discutibili, avanzate negli anni Ottanta da Rückert, specie in riferimento al rapporto tra scienza giuridica e storia ⁽⁹⁾, ma non fa tesoro del lavoro critico svolto per

⁽⁹⁾ Becchi arriva così a sostenere che in Savigny il diritto acquisterebbe la forma di un sistema autoreferenziale, “nel senso che è lo sviluppo riflessivo della sistematicità intrinseca del diritto a produrre le categorie della scienza giuridica, le quali pertanto non sono esterne ma costitutivamente appartenenti al diritto: sono la sua riproduzione disvelata” (p. 37). Tale affermazione non mi sembra tuttavia condivisibile. La sistematicità della scienza giuridica inseguita da Savigny non costituisce infatti — a mio modo di vedere — la semplice “riproduzione disvelata” del diritto concreto, risultando in tal senso intrinsecamente storica. È piuttosto l'esigenza di scientificità della storia giuridica, costantemente rivendicata negli scritti savignyani, a rendere necessario il sistema. Un sistema edificato a partire da principi certo non estranei alla realtà del diritto, ma che

confrontarsi in maniera originale con l'opera di Savigny. In tal modo l'orizzonte interpretativo non si chiude, lasciando aperti degli interrogativi a cui il lettore non trova risposta.

Al di là di tale considerazione, una ricostruzione aggiornata del contributo teorico fornito da Savigny alla scienza giuridica europea sembra tanto più auspicabile alla luce della recente pubblicazione degli appunti delle lezioni berlinesi e di altri materiali inediti fino ad oggi difficilmente raggiungibili⁽¹⁰⁾. Le lezioni sul *Landrecht* prussiano, o la riedizione finalmente attendibile sotto il profilo filologico delle *Vorlesungen über juristische Methodologie*, svelano alcune sfaccettature inedite del giurista tedesco che stuzzicherebbero sicuramente l'arguzia critica del Becchi censore delle ideologie storiografiche, e che forse lo indurrebbero a riconsiderare alcuni suoi giudizi interpretativi nei confronti di questo autore.

III. Il peculiare taglio critico che contraddistingue *Ideologie della codificazione in Germania* acquista una caratterizzazione forse ancor più precisa in *Giuristi e principi*, il secondo lavoro monografico a cui sono dedicate queste pagine. L'obbiettivo del volume è tanto ambizioso quanto stimolante: proporre una visione unitaria dell'illuminismo giuridico, al di là delle sue diverse declinazioni teoriche e nazionali. Si tratta di una scelta interpretativa dichiaratamente alternativa rispetto a quelle proposte da Mario A. Cattaneo e da Giovanni Tarello, i due principali studiosi italiani del Settecento giuridico europeo. Il primo, seguendo l'approccio "classico" della storia delle idee, aveva individuato una lista di caratteristiche generali e comuni alle dottrine giuri-

pure ad essa non sono mai ridicibili, poiché ne garantiscono la conoscibilità da parte della scienza (vedi su questo punto D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 196 e ss.). Lo sforzo teorico di Savigny appare in tal senso maggiormente debitoro nei confronti del kantismo volgarizzato di inizio Ottocento che dell'*objektives Denken* di Hegel, come sostiene invece Becchi; sarebbe stata la famosa *Anmerkung* al § 3 dei *Lineamenti* hegeliani a ribadirlo indirettamente. L'influsso del kantismo su Savigny, su cui già avevano richiamato l'attenzione Wilhelm Tagethoff e Hans Kiefner negli anni Cinquanta, sta diventando non a caso l'oggetto privilegiato delle indagini più recenti dedicate a questo autore, non solo in riferimento al rapporto tra scienza giuridica e storia, ma anche nel campo della dottrina del processo. Vedi su quest'ultimo punto S. MEDER, *Urteilen. Elemente von Kants reflektierender Urteilskraft in Savignys Lehre von der Entscheidungs- und Regelfindung*, Frankfurt/M., V. Klostermann, 1999.

⁽¹⁰⁾ Mi riferisco in particolare alla collana *Savignyana*, curata da Joachim Rückert per l'editore Vittorio Klostermann di Francoforte, nella quale vengono progressivamente pubblicati, accanto ad alcuni nuovi studi su Savigny, importanti documenti fino ad oggi conservati nella biblioteca di Marburgo e nel *Nachlass Savignys* di Münster. Oltre al lavoro di Stephan Meder ricordato alla nota precedente, sono fino ad oggi apparsi nella collana i seguenti materiali: le *Pandektenvorlesungen 1824/25* (1993); le *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* (1993), le *Landrechtsvorlesungen 1824* in due tomi (rispettivamente 1994 e 1998); oltre al recente e interessantissimo *Politik und neuere Legislation. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"* (2000).

diche illuministiche, dei tratti caratteristici che aprivano in realtà a soluzioni teoriche e politiche diverse ⁽¹¹⁾; Tarello invece, forte del suo peculiare modo di intendere la critica dell'ideologia, aveva ritenuto velleitario ogni tentativo di interpretazione unitaria: meglio osservare le diverse operazioni di politica del diritto realizzate nelle singole aree geografiche ⁽¹²⁾. Becchi, differenziandosi da entrambi, ritiene invece possibile formulare, ad un "certo livello di astrazione" (p. 42), una vera e propria definizione di illuminismo giuridico: questo consisterebbe "[nell']uscita della legge dallo stato di minorità in cui si trovava rispetto alla dottrina dei giuristi e al potere dei giudici" (p. 55). Tale proposta si traduce in due assunti di fondo che contraddistinguerebbero l'età illuministica sotto il profilo della dottrina del diritto: 1) un'opzione generalizzata a favore della codificazione nel campo del diritto positivo; 2) una presa di posizione a favore dei diritti inalienabili dell'individuo nel campo del diritto naturale ⁽¹³⁾.

Questa ipotesi iniziale guida l'intero sviluppo della trattazione, così come la scelta dei temi e degli autori considerati. Così come accadeva in *Ideologie della codificazione in Germania*, il peculiare taglio interpreta-

⁽¹¹⁾ M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Comunità, 1966.

⁽¹²⁾ Per una ricostruzione della polemica Cattaneo-Tarello vedi P. COMANDUCCI, *Introduzione a Id.* (a cura di), *L'illuminismo giuridico*, Bologna, il Mulino, 1978, testo richiamato dallo stesso Becchi.

⁽¹³⁾ Non è possibile nell'economia di questa nota discutere approfonditamente la tesi di Becchi, che chiama in campo questioni di natura metodologica e storico-concettuale di non facile soluzione. Concordo ad ogni modo con l'autore nel ritenere che l'illuminismo giuridico non si sottragga in quanto tale ad una interpretazione unitaria. Come ho cercato di mostrare in altra sede (CANALE, *La costituzione delle differenze*, cit., in particolare pp. 153 ss.), l'età illuministica oppone tuttavia resistenza ad una qualificazione storiografica *statica*: più efficace mi sembra una sua raffigurazione *dinamica*, sia in senso "orizzontale" che "verticale". Sotto il primo profilo, le dottrine illuministiche non presentano un carattere monolitico; esse costituiscono piuttosto il risultato di una stratificazione di linee del discorso giuridico moderno diverse e spesso contrapposte. Sotto il profilo "orizzontale", poi, lo sviluppo di queste dottrine non appare lineare, quanto piuttosto segnato da una molteplicità di trasformazioni semantiche — spesso radicali — in capo ai concetti chiave utilizzati (la locuzione "diritti inalienabili" rappresenta uno degli esempi maggiormente emblematici in tal senso). Ma che ne è a questo punto dell'unità epocale dell'illuminismo giuridico? La domanda risulta del tutto legittima; tenderei a rispondere ad essa riformulando il secondo carattere distintivo proposto da Becchi, in modo da guadagnare un grado di astrazione più elevato: l'illuminismo giuridico è contrassegnato dal passaggio, per tappe successive, da una fondazione della coazione giuridica di tipo *inter-soggettivo* (attraverso la dottrina del contratto sociale) ad una di tipo *intra-soggettivo* (basata sulla distinzione tra arbitrio e volontà, teorizzata in maniera compiuta prima da Rousseau e poi da Kant). Nel momento in cui il problema della coazione, e quindi del fondamento del comando giuridico statale, migra dall'esterno all'interno del soggetto agente, inteso come ente razionale autonomo, si esaurisce il compito storico del diritto naturale, il cui spazio teorico viene occupato dalla dottrina della costituzione. Mi sembra che l'illuminismo giuridico europeo costituisca la matrice epocale unitaria, per quanto dinamica, entro cui si realizza questo passaggio assai rilevante nella storia della concettualità giuridica moderna.

tivo adottato conduce Becchi ad attraversare autori e scuole poco frequentate dalla storiografia giuridica propriamente detta. Ad un Leibniz precursore della sistematica codicistica, o ad un Voltaire teorico della tolleranza ma al contempo sostenitore del “principio universalistico della persona umana” (p. 96), si accompagna così un’attenzione peculiare riservata all’opera di Filangieri, ed in particolare alla strenua lotta condotta da quest’ultimo contro l’arbitrio dei giudici, in nome del primato regolativo riconosciuto alla legge.

Va detto che lo spazio dedicato a Filangieri si inserisce nella più ampia opera di rivisitazione del pensiero dell’autore di cui lo stesso Becchi è tra i fautori in Italia. Il ritrovato interesse per Filangieri, oltre a sgombrare il campo da ricostruzioni storiografiche spesso stereotipate, ha soprattutto il merito di evidenziare il ruolo di vero e proprio laboratorio concettuale svolto dall’illuminismo giuridico anche in Italia. Come Becchi e Kurt Seelmann hanno sottolineato recentemente ⁽¹⁴⁾, l’opera del giurista napoletano non costituisce infatti un esempio “del pensiero astratto e formalistico dell’illuminismo” — immagine dell’illuminismo questa, sia detto per inciso, in cui si riconoscono più i pregiudizi di certa storiografia che la letteratura giuridica e filosofica del Settecento europeo. Negli scritti di Filangieri “convergono [piuttosto] tradizioni diverse che si intrecciano tra di loro” ⁽¹⁵⁾: ad alcuni nuclei teorici ricavati dalla tradizione aristotelico-scolastica, ancora assai vitale durante tutto il XVIII secolo, si associano le istanze provenienti invece dalla scienza politica moderna di estrazione hobbesiana. L’immagine “antica” del *bonum commune* si traduce così nel primato della legge e della volontà del legislatore, laddove la ragione continua ad essere intesa come specchio della virtù, e la legge come riflesso della giustizia ⁽¹⁶⁾. Si tratta di un intreccio certo spurio e apparentemente contraddittorio, ma che non di meno testimonia i percorsi complessi attraverso cui si afferma nel Settecento il modo tipicamente moderno di intendere il diritto e lo Stato ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Mi riferisco a P. BECCHI - K. SEELMANN, *Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung*, Frankfurt/M., P. Lang, 1999. Questo agile volumetto costituisce un’utile introduzione alle molteplici sfaccettature dell’opera di Filangieri.

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, rispettivamente p. 18 e p. 22.

⁽¹⁶⁾ Sul connubio tra “ragione” e “virtù” in Filangieri vedi A. ANDREATTA, *Le Americhe di Gaetano Filangieri*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, in particolare p. 66.

⁽¹⁷⁾ La commistione tra la tradizione aristotelico-scolastica e la “nuova scienza” di impronta hobbesiano-pufendorfiana caratterizza in realtà ampia parte della letteratura giuridica europea almeno fino agli anni Ottanta del Settecento, avvicinando Filangieri ad autori come Joachim Georg Darjes, Gottfried Achenwall, Carl Gottlieb Svarez. Sul singolare intreccio tra tradizione e rinnovamento che caratterizza il pensiero politico e giuridico del Settecento europeo, così come sul processo di “storicizzazione” del diritto naturale ipotetico, di cui lo stesso Filangieri è partecipe, vedi in particolare, per quanto riguarda il contesto tedesco, M. SCATTOLA, *La nascita delle scienze dello Stato. August*

La storia dell'illuminismo giuridico europeo viene quindi ripercorsa da Becchi dando voce ad altri celebri "esclusi" dalla storiografia tradizionale, come la cosiddetta scuola filosofica del diritto, nota soprattutto quale obbiettivo polemico del *Beruf* di Savigny, ma i cui tratti distintivi risultano ancor oggi spesso nebulosi. Rincontriamo così anche in questo lavoro il nome di Thibaut, ma pure quelli assai meno noti di Zachariae e di Heise, giuristi di importanza capitale per la storia della sistematica privatistica moderna. Come osserva Becchi, ad essi si deve infatti la più coerente applicazione al diritto romano recepto del metodo sistematico leibnitziano-wolffiano, che muovendo dalla definizione di principi generali consente l'organizzazione sistematica per via inferenziale dei singoli precetti giuridici. Un altro capitolo di notevole pregio, al di là della destinazione strettamente didattica del volume, è quello dedicato a Gustav Hugo. Sottraendo questo autore al consueto ruolo di mero epigono *ante litteram* di Savigny, Becchi ritaglia ad esso uno spazio di autonomia teorica rilevante. Hugo si rivela non solo il precursore della scuola storica del diritto ma anche il fondatore della Filosofia del diritto propriamente detta, intesa come ambito disciplinare autonomo, consegnato alla riflessione dei giuristi e non più dei filosofi. Ciò sulla scorta di un rovesciamento radicale del ruolo tradizionalmente riconosciuto allo *ius naturae*, il quale cessa di delineare uno spazio regolativo a sé stante, per diventare a tutti gli effetti filosofia del diritto positivo, ovvero dell'unico diritto valido nello Stato⁽¹⁸⁾.

Un discorso a parte merita invece un ulteriore nucleo tematico affrontato da Becchi in *Giuristi e principi*, ovvero la dottrina penalistica

Ludwig Schlözer (1735-1809) e le discipline politiche del Settecento tedesco, Franco Angeli, Milano 1994; M. HERNÁNDEZ MARCOS, *Conoscenza razionale e storia. Sulla relazione tra diritto naturale e diritto positivo nella codificazione prussiana del 1794*, trad. it. di F. Morelli, in L. FONNESU-B. HENRY (a cura di), *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, Pisa, Pacini, 2000, pp. 39-54. Per uno sguardo d'insieme sul tema non può essere dimenticato ad ogni modo l'oramai "classico" lavoro di H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (G.A.)*, LVI (1936), pp. 202-263.

⁽¹⁸⁾ Va sottolineato tuttavia come la trasformazione del diritto naturale in riflessione filosofica attorno al diritto positivo non si realizzi per la prima volta con Hugo, ma venga da questi semplicemente condotta alle sue estreme conseguenze sotto il profilo disciplinare. Questa mutazione concettuale risulta infatti largamente diffusa in Germania a partire almeno dagli anni Ottanta del Settecento, come testimoniano, per quanto riguarda l'area prussiana, autori come Casimir von Carmer e Carl Gottlieb Svarez. Vedi su questo punto HERNÁNDEZ MARCOS, *Conoscenza razionale e storia*, cit., pp. 42 e ss.; CANALE, *La costituzione delle differenze*, cit., pp. 137 e ss. Per una ricostruzione organica del pensiero di Gustav Hugo nel contesto delle dottrine giuridiche a cavallo tra XVIII e XIX secolo, costituisce comunque a tutt'oggi un punto obbligato di riferimento il lavoro di Giuliano Marini *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1967; per quanto riguarda invece il rapporto tra "sistema" e "storia" in Hugo, vanno ricordate le dense pagine dedicate alla questione da P. CAPPELLINI, *Systema Iuris I*, cit., cap. III.

di Hegel. Ciò sia perché Becchi si confronta qui con un “classico” della storia del pensiero giuridico, sia perché il capitolo dedicato alle concezioni illuministiche del diritto penale suscita stimoli e spunti di riflessione particolari. È noto come Hegel venga comunemente annoverato tra i seguaci della teoria retribuzionistica della pena: chi delinque non solo va punito con una pena corrispondente al delitto compiuto, ma addirittura — richiamando le parole di Norberto Bobbio — “ha diritto di essere punito [...] perché solo la punizione lo riscatta ed è solo punendolo che lo si riconosce come essere razionale” (19). Ne deriva quindi, come osserva giustamente Becchi, che “Hegel viene spesso utilizzato o per potersi sbarazzare tanto più facilmente di una teoria ritenuta inadeguata o, al contrario, per poterla avvalorare riferendosi ad un illustre precedente” (p. 120). Sulla scorta dei suoi precedenti studi dedicati al filosofo di Stoccarda, Becchi ha qui buon gioco nel mostrare l’inconsistenza di questa tesi, ponendo a confronto la dottrina hegeliana della pena con quella proposta invece da Kant e da Filangieri. L’ipotesi avanzata dall’autore è del tutto originale: Hegel non potrebbe essere catalogato né come retribuzionista né come antiretribuzionista; dalla sua filosofia del diritto emergerebbe piuttosto una teoria “sincretistica” e polifunzionale della pena, nella quale convergono sia istanze retributive che istanze preventive. L’apparente retribuzionismo radicale che compare nella sezione dei *Lineamenti* dedicata al Diritto astratto si risolve in realtà nella semplice affermazione del principio di uguaglianza e di giustizia, ovvero rinvia al criterio di proporzionalità della pena. L’Hegel teorico del diritto penale, tuttavia, non si ferma qui: nella sezione dedicata all’Eticità compaiono infatti elementi general-preventivi, in base ai quali la pena assume anche una funzione di difesa sociale, mentre nelle *Lezioni* del 1824/25 emergono istanze special-preventive, tese al recupero morale e sociale del delinquente. Becchi ripropone in tal modo l’immagine di un Hegel non certo ideologo dello Stato totale, quanto piuttosto difensore dei principi di libertà e di uguaglianza in tutte le loro molteplici articolazioni e sfaccettature (20). Il filosofo di Stoccarda diventerebbe così un “precursore” delle teorie eclettiche della pena contemporanee, tese a superare l’ormai insostenibile dicotomia tra retribuzione e prevenzione.

Se considerata più da vicino, tuttavia, questa proposta interpretativa presta perlomeno il fianco ad alcuni spunti di problematizzazione, suggeriti da un’interpretazione “sistematica” anziché strettamente “giuridico-politica” della filosofia del diritto hegeliana (21). Mi limito a

(19) N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 184-185.

(20) Questa linea interpretativa è stata sviluppata da Becchi in lavori come *Le filosofie del diritto di Hegel*, Milano, F. Angeli, 1990 e *Oltre le righe: Hegel e il dibattito intorno le sue lezioni*, Napoli, Editoria Scientifica, 1996.

(21) Non è il caso di affrontare qui l’annosa questione relativa alla legittimità di un’interpretazione “giuridico-politica” della filosofia del diritto di Hegel — opzione

richiamarne brevemente soltanto due. In primo luogo è ben noto come l'esposizione del sapere filosofico sviluppata nei *Lineamenti* e nelle *Lezioni*, così come in ogni articolazione del sistema hegeliano, assuma un andamento "topologico" (22). I concetti che incontriamo in Hegel non hanno cioè sempre il medesimo significato, ma presentano uno spessore concettuale diverso in base alla loro posizione entro il sistema; ciò equivale a dire che nel corso dell'esposizione speculativa il concetto di "pena" acquista via via un grado superiore di effettualità (*Wirklichkeit*), un'effettualità del tutto assente nel Diritto astratto, pienamente sviluppata nell'Eticità. Ciò inevitabilmente complica l'ipotesi interpretativa di Becchi: se di "sincretismo" si può parlare, esso non rinvia ad istanze teoriche tra loro omogenee, ma a diversi gradi di sviluppo dell'idea di pena. Si dovrebbe così concludere, restando fermi all'ipotesi dell'autore, che la tesi special-preventiva appare come l'unica "reale" in senso hegeliano, non fosse altro perché collocata ad un livello superiore dell'esposizione speculativa. Un secondo elemento di complicazione è costituito dai problemi che nascono nel momento in cui si tenta di confrontare la teoria della pena di Filangieri o di Kant con la trattazione della questione penale offerta da Hegel. Anche qui è ben noto — ma forse non abbastanza ai giuristi — come la filosofia del diritto hegeliana non fornisca una teoria della pena *quale essa è*, né *quale essa dovrebbe essere*. A differenza di quanto accade leggendo Filangieri o Kant, ripercorrendo la filosofia del diritto hegeliana — sia essa quella dei *Lineamenti* o quella delle *Lezioni* — siamo indotti cioè a pensare che l'autore non si proponga di descrivere il diritto penale del suo tempo, né di suggerirne una diversa articolazione, più adeguata a dei principi astratti da realizzare (23). Il filosofo di Stoccarda, infatti, non è mosso da

questa fatta propria da Becchi sulla scorta di Karl-Heinz Ilting — rispetto ad un approccio "sistematico" o "filosofico". Sul tema sono da ultimo intervenuti in Italia C. CESA, *recensione a P. Becchi, Oltre le righe*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII (1998), pp. 401-405; G. MARINI, *A proposito delle lezioni di Hegel*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXVI (1999), 1, pp. 161-164; M. ALESSIO, *La Filosofia del diritto di Hegel tra le "Lezioni" e i "Lineamenti"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX (2000), 2, pp. 539-546, contributi a cui rinvio. Faccio cenno all'effetto di complicazione che un approccio "filosofico" produce sulle tesi di Becchi soltanto per risalire alla matrice profonda del modo in cui quest'ultimo intende il lavoro storiografico e la critica alle "nuove ideologie". Tale cenno mi sembra legittimato dal fatto che Becchi stesso richiama l'attenzione sull'esigenza di considerare il pensiero di un autore a partire dalle sue scansioni interne, e non semplicemente dalle intenzioni o dagli effetti politici che possono accompagnare una qualsiasi posizione teorica.

(22) Cfr. V. VERRA, *Lecture hegeliane. Idea, natura e storia*, Bologna, il Mulino, 1992, pp. 7 e ss.

(23) Vale la pena richiamare un famoso passo della *Vorrede ai Lineamenti*: "[...] questo trattato, in quanto contiene la scienza dello stato, dev'essere nient'altro che il tentativo di comprendere e di esporre lo stato come un qualcosa di entro sé razionale. Come scritto filosofico esso non può far altro che essere lontanissimo dal dover costruire uno

un intento teorico ma propriamente speculativo: Hegel tenta di mostrare, sotto il profilo discorsivo, quali relazioni si riflettano nel termine “pena” lungo il percorso che conduce il soggetto a comprendere in cosa consista “effettivamente” la sua libertà. La differenza tra teoria⁽²⁴⁾ (che descrive la realtà umana o indica com’essa dovrebbe essere in base ad un principio dato) e filosofia (che conduce a comprendere il reale (*Wirklichkeit*) attraverso il processo di autoriflessione del soggetto, ovvero dell’essere altro in se stesso dell’io) rende evidentemente più complesso di quanto possa apparire a prima vista il rapporto tra Hegel, gli autori del suo tempo e il modo corrente di intendere la pratica filosofico-giuridica⁽²⁵⁾.

Va da sé che Becchi, alle luce delle sue precedenti indagini hegeliane, è ben consapevole di questi fattori problematici; come mai tuttavia essi non trovano tematizzazione in *Giuristi e principi*? Perché in altri termini non incontriamo nel testo alcun accenno alla delicata questione del rapporto tra interpretazione “politica” e interpretazione “filosofica” del pensiero hegeliano, fosse soltanto per scansare ogni possibile equivoco o per parare le eventuali critiche⁽²⁶⁾? È lo stesso Becchi a sciogliere l’interrogativo: egli non intende “analizzare in modo esaustivo la teoria hegeliana della pena”, quanto piuttosto “tentare una diversa collocazione di Hegel, nell’ambito della tradizionali classificazioni penalistiche, sulla base di alcuni suoi passi significativi” (p. 121). Tale considerazione programmatica merita di essere considerata più da vicino, poiché svela la matrice profonda del modo in cui Becchi si accosta alla storia della cultura giuridica.

In *Giuristi e principi* il pensiero di Hegel risulta rilevante se e nei limiti in cui offre una sintesi delle principali acquisizioni ideali dell’il-

stato come dev’essere; l’insegnamento che in tale scritto può risiedere, non può tendere ad insegnare allo stato com’esso dev’essere, bensì piuttosto com’esso, l’universo etico, deve venir conosciuto” (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di G. Marini, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 15).

(24) Utilizzo qui il termine “teoria” secondo l’accezione proposta dallo stesso Hegel nella *Vorrede* appena citata (*ivi*, p. 14), ovvero quale sinonimo di falsa filosofia.

(25) Tra la letteratura recente dedicata alla riflessione giuspenalistica di Hegel, va ricordato il pregevole lavoro di S. FUSELLI, *La struttura logica della pena in Hegel*, in *Verifiche*, XXVIII (1999), 1-2, pp. 25-106. L’autore si confronta qui con alcuni dei luoghi nevalgici del concetto hegeliano di pena, come l’idea di contraddittorietà del crimine, di necessità della sanzione e di pena come conciliazione, laddove acquista un’importanza di primo piano la figura logica della mediazione e il suo rapporto con la struttura del processo. Questi medesimi temi vengono affrontati dall’Autore in maniera più ampia in un volume di recente pubblicazione: *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, Padova, CEDAM, 2001.

(26) Il tema della dottrina penalistica di Hegel è stato recentemente affrontato da Becchi in maniera più esaustiva nella sua articolata *Premessa* a K. SEELMANN, *Le filosofie della pena di Hegel*, a cura di B. Becchi, Milano, Guerini, 2002, pp. 9-22, per quanto le perplessità appena evidenziate non sembrano anche in quest’ultimo contributo trovare una risposta convincente.

luminismo giuridico europeo. Sono proprio tali acquisizioni, infatti, a costituire la matrice metodologica che consente a Becchi di selezionare e organizzare il materiale documentale considerato nei due volumi fin qui ripercorsi. L'illuminismo e i suoi sviluppi teorici ottocenteschi, ovvero l'affermarsi dei principi di uguaglianza e libertà, non vengono considerati come dei semplici oggetti di indagine storica, ma si ergono a criterio che deve guidare qualsiasi ricostruzione storica: così facendo l'illuminismo da fenomeno culturale diventa all'improvviso metodo, e la storiografia si converte immediatamente in una sorta di "impegno intellettuale" rispetto al presente. Proprio a questa altezza mi sembra risiedano, non a caso, il senso profondo della battaglia condotta da Becchi contro le "nuove ideologie", così come i problemi che essa scatena nel momento in cui avanza la pretesa di ergersi a metodologia della ricerca storica: "Una buona parte delle tendenze che attualmente dominano la discussione filosofica è caratterizzata da forti accenti antiuniversalistici e antilluministici. Dai neoaristotelici tedeschi ai neopragmatici americani, dai postmoderni francesi ai nostrani sostenitori del pensiero debole e ai comunitari angloamericani è tutto un pullulare di prospettive più o meno dichiaratamente antilluministiche. La sfida che tutte queste correnti hanno lanciato è una sfida a Kant [...] e a coloro che tuttora cercano di riagganciarsi a quella prospettiva riattualizzandola" (p. 104). È proprio questa sfida che Becchi raccoglie nei due volumi recentemente pubblicati, al di là dei diversi stili narrativi che li contraddistinguono. Si tratta di una sfida affrontata dall'autore — non senza una certa enfasi — in nome di un umanesimo neo-illuminista, che ripone rinnovata fiducia nella presunta capacità della ragione illuminata di affrancare l'uomo tanto dalla prevaricazioni del potere che dai supposti "abissi" del nichilismo contemporaneo, in nome della libertà riconosciuta ad ogni persona in quanto tale.

IV. L'appello rivolto da Paolo Becchi all'illuminismo come *philosophia perennis*, quale irrevocabile presa di posizione a favore dei valori immutabili di libertà, ragione e verità — come ebbe a dire Jean Améry⁽²⁷⁾ — apre ad uno spazio di discussione evidentemente assai complesso. C'è da chiedersi, ad esempio, se e fino a che punto la strada indicata dall'autore rappresenti l'unica via offerta da Kant alla riflessione contemporanea, o se ve ne siano di alternative; se il recupero novecentesco della ragion pratica non proponga in realtà, al di là dei richiami ad Aristotele, una semplice rideclinazione della funzione regolativa della ragione, anziché un suo totale annichilimento; se al fondo di molte posizioni latamente antiumanistiche, come ad esempio in seno al post-strutturalismo o al decostruzionismo, non rimanga in fin dei conti una pretesa di emancipazione, per quanto declinata sul piano

⁽²⁷⁾ Cfr. J. AMÉRY, *L'illuminismo come "philosophia perennis"*, presentazione e trad. it. di S. Fabian, in *MicroMega*, 2001, 5, pp. 257-269.

dell'espressività dei corpi anziché sul piano di una ragione legislatrice. Si tratta di problemi assai delicati, la cui esplorazione, considerati i compiti di questa nota, preferisco lasciare all'immaginazione del lettore. Più interessante appare invece considerare con maggiore attenzione quali ricadute produca questo punto di vista interpretativo sul modo stesso di pensare la pratica storiografica. Da un lato nell'appello lanciato da Becchi riecheggia certo l'idea di un legame necessario tra ragione e responsabilità, tra riflessione storica e azione sul presente, che ben evidenzia il modo in cui l'autore reinterpreta il lascito culturale di Giovanni Tarello. A questo livello della riflessione, infatti, l'inaggrabile ricaduta politica di una teoria giuridica si tramuta in esigenza etica di fare del lavoro intellettuale — anche di quello storico — un momento di presa di responsabilità nei confronti dell'avvenire. Questa scelta programmatica, tuttavia, suscita alcune perplessità teoriche di un certo rilievo, perplessità che vorrei, in sede conclusiva, tentare brevemente di tematizzare.

Uno degli esiti a cui approda la ricerca di Paolo Becchi consiste nel sottolineare, tra le righe, come ogni nostra ricostruzione del passato muova dagli interrogativi che ci pone il presente. Sono i problemi contemporanei, ovvero l'apparato concettuale attraverso cui essi trovano formulazione e significanza, ad orientarci nel labirinto altrimenti inestricabile delle testimonianze e dei documenti del passato. Si tratta, come noto, di una presa di coscienza oramai comune ai diversi approcci storiografici in ambito giuridico e politico: ne sono partecipi la storia delle idee alla Skinner così come la storia del discorso di Pocock, senza dimenticare la storia concettuale di Brunner, Conze e Koselleck. Nel caso del lavoro critico sviluppato da Becchi, tale consapevolezza produce due risultati degni di nota: in primo luogo rende fin da subito noto al lettore il peculiare angolo visuale scelto dall'interprete nella ricostruzione dei significati dei testi esaminati, una prospettiva che può essere più o meno condivisa, ma che comunque non è mai celata dall'autore; in secondo luogo le indagini di Becchi conducono a scoprire delle sfaccettature comunque inedite in alcuni "classici" del pensiero giuridico, così come la rilevanza di autori tradizionalmente considerati di secondo piano, sottoponendo a revisione il quadro interpretativo consolidato. Se tuttavia, come ha osservato Frank Ankersmit, "la conoscenza storica è tanto "trovata" (negli archivi) quanto "fatta" (dal linguaggio dello storico)"⁽²⁸⁾, i vincoli che il presente erige nella ricostruzione del passato assumono significati e funzioni distinte nei diversi modi di intendere la pratica storiografica. Nell'ambito della storia concettuale, ad esempio, questa consapevolezza si traduce nell'esigenza di mettere alla prova il linguaggio — ovvero i concetti che

(28) F.K. ANKERSMIT, *Svolta linguistica, teoria della letteratura, teoria storica*, trad. it. di A. Bugliani, in *Iride*, n. 33, 2001, pp. 253-254.

veicolano la nostra comprensione del diritto contemporaneo — nel tentativo di salvaguardare la singolarità storica delle epoche a noi lontane (29). La concettualità presente, sia essa di matrice illuminista o antilluminista, costituisce in tal senso un semplice “dato di ingresso” del lavoro storiografico, che deve essere sottoposto a continua revisione critica nel momento in cui ci accostiamo agli universi concettuali del passato. Parole come “dignità umana”, “libertà”, “ragione”, “progresso”, “democrazia”, non diventano in tal senso valori a partire dai quali ricostruire la storia — come sembra proporre Becchi — ma concetti che vanno essi stessi per primi interrogati, risalendo alle diverse costellazioni teoriche che fanno da sfondo ai loro mutevoli significati. Ciò non certo al fine di tracciare una continuità ideale tra passato e presente, ma di evidenziare al contrario le discontinuità che segnano il tessuto storico, così come le aporie che affliggono la concettualità giuridica contemporanea. Nel caso invece della “critica alle nuove ideologie”, intesa come operatore logico della ricostruzione storiografica, viene seguita una strada per certi versi opposta. L'interprete, alla luce dei problemi contemporanei, opera una scelta di fondo sui paradigmi teorici che debbono guidare il suo lavoro, elevandoli ad chiavi interpretative dei testi e dei contesti storici. Quest'ultima opzione fa nascere tuttavia nel lettore un dubbio difficilmente aggirabile, pur nella sua ingenua semplicità. Si tratta di un argomento diventato noto come “paradosso di Mannheim” (30): è possibile costruire una teoria non ideologica dell'ideologia, e fare di essa una chiave di interpretazione storica? Ogni critica dell'ideologia, comunque la si voglia intendere, non risulta in se stessa costitutivamente ideologica, poiché è costretta ad ipostatizzare l'idea di “vera scienza” quale sua condizione di possibilità? È quindi: l'opzione storiografica proposta da Becchi non finisce col privilegiare soltanto una porzione dell'esperienza del passato, dei documenti e dei loro significati: quella che legittima “a ritroso” una certa presa di posizione critica nei confronti del presente? Si tratta di interrogativi tutt'altro che banali, che nel riproporre l'utilità metodica del concetto di “ideologia” — anche e soprattutto in ambito storiografico — debbono essere a mio avviso nuovamente tematizzati. Ciò per evitare che l'umanesimo neo-illuminista di Paolo Becchi si converta nel

(29) Cfr., per tutti, O. BRUNNER, *Per una nuova storia sociale e costituzionale*, a cura di P. Schiera, Milano, Comunità, 1970. Sugli sviluppi recenti di questo indirizzo storiografico vedi invece S. CHIGNOLA, *Storia dei concetti e storiografia del discorso politico*, in *Filosofia politica*, XI (1997), 1, pp. 97-122.

(30) Cfr. K. MANNHEIM, *Ideologia e utopia. Un'introduzione alla sociologia della conoscenza* (1929), trad. it. di A. Santucci, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*. Come noto, la discussione di questo paradosso ha condotto Karl Mannheim a trasformare il concetto di “ideologia” in sinonimo di scetticismo interpretativo: la critica all'ideologia, per evitare di diventare essa stessa una possibile “falsa immagine del mondo”, è costretta a postulare un radicale politeismo dei valori, facendo arenare la sua pretesa di emancipare il pensiero nelle secche del razionalismo weberiano.

suo contrario, ovvero in una professione di fede in dei valori eterni sottratti in quanto tali allo spazio critico che pretendono di istituire. Si tratta certo di osservazione che vanno al di là dell'attento lavoro ricostruttivo realizzato dall'autore e della sua rilevante utilità storiografica; va anzi riconosciuto a Becchi il merito di richiamare l'attenzione su questo snodo cruciale del lascito culturale di Giovanni Tarello, sul quale vale ancor oggi la pena di riflettere.

PAOLO CAPPELLINI

AVVENTURE DELLA 'RAZIONALIZZAZIONE':
CRITICA E CRISI DI UN PARADIGMA DELLA
STORIOGRAFIA MODERNA.

(a proposito di GABRIELLA VALERA (editor), *La Forma della Libertà. Categorie della razionalizzazione e storiografia*, Lothian Foundation Press, London, 2000, pp. VII-XII, 3-324)

Il volume raccoglie gli atti di un convegno svoltosi a Trieste nel 1996. Probabilmente l'inizio della riflessione su di esso avrebbe potuto essere meno dimesso, pur correndo il rischio di vedersi contestare certe sfumature di parzialità talora di carattere soggettivo talora invece piuttosto di taglio, per così dire, oggettivo, sfumature che non si mancherà del resto di far emergere senza infingimenti a suo luogo. Quell'inizio avrebbe potuto suonare fin da subito come un allerta al lettore incline a cedere alla tentazione di passar oltre senza eventualmente reprimere un qualche moto di annoiata noncuranza, forse perché non più ormai fidente nel genere letterario recensione o nelle sue più o meno legittime derivazioni (magari, a voler praticare uno dei nostri sports nazionali più tipici, quello dei 'castigatori di sé stessi', si potrebbe aggiungere "secondo il mos italicus", ma sarebbe appunto solo un vezzo) — del resto, è proprio leggendone le pagine che ci imbattiamo nella saporosa notazione secondo la quale nei giovani studiosi a cui nelle prime *Annales* venivano, per motivi di 'incompetenza', affidate la più parte delle recensioni di opere giuridiche, fosse da riscontrare "un rispetto per gli autori che contrasta con quella che bisogna ben chiamare la disinvoltura di Febvre e Bloch; di cui si ha spesso l'impressione che essi non abbiano fatto altro che scorrere la quarta di copertina e l'indice, talvolta l'introduzione, e che siano raramente giunti al testo, al di là di quello che l'indice indicava come loro tema prediletto" (O. MOTTE, p. 181).

Insomma, quell'inizio avrebbe potuto essere molto semplice e diretto: siamo di fronte ad un libro importante. Se però quel lettore adesso invece che privo di interesse o magari defatigato dalla ricerca forse non agevolissima di acquisire una copia personale del testo — stavolta cioè poco attratto dall'utilizzazione delle biblioteche pubbliche o più semplicemente appartenente a quella categoria, sempre più ristretta ma forse (si spera) mai a vero rischio d'estinzione, recente-

mente così ben descritta da un autorevolissimo decano della medesima che, appunto assai più fiducioso del Manzoni, faceva di conto su mille di loro, almeno in patria (U. ECO, *Riflessioni sulla bibliofilia*, Edizioni Rovello, Milano, 2001) — se, dicevamo, quel lettore si trasformasse in critico attento e volesse preliminarmente ‘smontare’ l’eccessiva apoditticità della valutazione, sembrerebbe avere al suo arco perlomeno una freccia acuminata. Ci sentiamo però abbastanza serenamente di constatare che tale argomento, in astratto e magari in altri casi ‘zutreffend’, atto appunto, come dice bene il termine tedesco, a cogliere il bersaglio, qui colpirebbe più le apparenze che la sostanza di un’iniziativa che si inquadra del tutto peculiarmente, come subito accenneremo, anche nelle finalità dichiarate della Lothian Foundation Press. Ma sgombriamone subito il campo. È ben noto che uno dei vizi se non d’origine, certo spesso di realizzazione, dell’occasione culturale ‘convegno’ risiede nella difficoltà innanzitutto di conferirgli una struttura progettuale forte, e soprattutto, una volta riusciti nel non facile compito preparatorio, nel contenerne le tendenze aleatorie e centrifughe che trovano nella concreta radicazione dei partecipanti un inevitabile terreno di coltura. In una parola, quel rischio si riassume nella probabilità in pratica tutt’altro che remota di una eccessiva eterogeneità sia delle metodologie sia dei contenuti dei singoli contributi rispetto all’intelaiatura complessiva. Orbene, senza per ora entrare a considerare il ruolo in qualche modo agglutinante delle sezioni in cui il lavoro è articolato, in apparenza ben sarebbe legittimato quel nostro lettore critico ad avanzare qualche interrogativo in questa direzione. Infatti, a tutta prima, quale senso accomunante avrebbe l’accostamento, per esempio, del dotto saggio di MARTIN GIERL sulla numismatica e la sua storia (storiografia) in una fase caratterizzante dell’età moderna (*The Resistance of Material: on Numismatics, the Emergence of Historiography in the Eighteenth Century and on the Difficulties of a “Rationalised” History*, pp. 135-150) con l’intervento — assai interessante, anche se un po’ decontestualizzato, limitandosi al resoconto diretto di una sola posizione (avrebbe avuto un senso, seppur nel ristretto spazio di una comunicazione, una comparazione più concreta con gli altri fenomeni di neo-nazionalismo nello ‘Stato delle autonomie’ spagnolo (cfr. JON JUARISTI, *Vestigios de Babel: Para una arqueología de los nacionalismos españoles*, Madrid, 1993 e ID., *El bucle melancólico. Historias de Nacionalistas Vascos*, Madrid, 1998) — di XAVIER GARÍ DE BARBARÀ (*Il dibattito storiografico e le polemiche politiche nella ricerca storica: il caso della Catalogna, come nazione senza stato secondo lo storico Albert Balcells*, pp. 319-324). Oppure ancora quale connessione potrebbe rinvenirsi tra il saggio, tanto più legato a sintomatiche tendenze sotterranee, e forse non troppo, dell’oggi (tendenze che ci verrebbe fatto di battezzare come ‘warburghiane’), quanto più provveduto e anzi provvedutissimo sul piano filologico, di ANDREA ORSUCCI su *La scoperta della magia*.

Etnologia e 'scienze dello spirito' tra Nietzsche, Usener e Cassirer (pp. 151-170) e il testo tutto e fortemente teorico di ROBERTO POLI volto a mettere a frutto le importanti intuizioni dell'Husserl delle *Ricerche logiche* nel superamento delle difficoltà di precisazione de "le differenze fra astrazioni astraenti e astrazioni idealizzanti" inquadrare come procedure facenti capo a due tipi di azioni (*Elementi per una teoria delle teorie: procedure di astrazione vs. procedure di idealizzazione*; pp. 57-71). O, per chiudere e non lasciar sospirare troppo la attesa replica, quale possibilità di reale comunicazione in una prospettiva di ulteriore lavoro interdisciplinare si potrebbe aprire mettendo in relazione un saggio come quello di PASQUALE BENEDEUCE (*L'autore pallido. Corpi e spiriti del lavoro intellettuale nei saperi dell'Ottocento*; pp. 93-104), che focalizza e approfondisce una tematica già presente nei suoi ben noti lavori precedenti, tematica a cavaliere tra autoconsapevolezza 'aristocratica' delle 'nuove' professioni intellettuali 'liberali' (principalmente quelle giuridiche) nel processo di riorganizzazione post-rivoluzionario e valorizzazione del diritto d'autore sui beni (le opere, i 'discorsi') 'immateriali' — belle e sintomatiche le pagine di Pellegrino Rossi sui poteri estesi e 'pericolosissimi' assegnati dal liberalismo alle professioni e alla loro conseguente inclusion in un nuovo orizzonte disciplinare, che coronano la prospettiva interpretativa ("Io non vi citerò che un fatto. Il privilegio degli agenti di cambio, abolito nel 1791, non indugiò molto ad essere rimesso. Forse il ritorno della monarchia? No, o signori, fu ristabilito dalla convenzione. Si sentì la necessità di una polizia per la borsa. Una illimitata concorrenza di uomini che si faceano agenti di cambio avea portato un tale perturbamento alle negoziazioni, che divenne necessario di ridurre tutto il numero degli agenti di cambio a venticinque. I comitati di salute pubblica e di finanza ebbero il carico di nominarli. La corporazione venne quindi riorganizzata sotto il consolato... Questa organizzazione fu dopo completata nel 1816 e nel 1818... Chi mai ha immaginato di gridare al privilegio, perché il numero... degli ingegneri civili non è illimitato? I patrocinatori, i notai, gli agenti di cambio... sono del pari dei lavoratori ufficiali scelti dal governo nell'interesse generale e nelle vedute di ordine pubblico... laonde può divenire avvocato chi vuole purché egli dia con successo prove della sua capacità... lo stesso è da dire per l'arte medica... Abbiamo detto che il notaio, l'agente di cambio sono produttori e ufficiali pubblici: come produttori si considera soltanto la loro capacità, come ufficiali pubblici bisogna innanzi ad ogni altra cosa guardare alla loro probità e moralità. Bisogna guardare alla fiducia che ispirar debbono i loro atti, alla fede che vi imprimono ... la capacità di questi agenti può essere diversa. Si sceglierà per una causa complicata l'avvocato più istruito, per una negoziazione delicata l'agente più abile. Per contrario la moralità non ammette il più o il meno..."; p. 101) —; mettendolo in relazione, stavamo osservando, con l'intervento di teoria dell'economia, peraltro

molto critico sulle odierne tendenze dello sviluppo capitalistico-finanziario (“One outstanding consequence is that the potential to recreate and transform production techniques, which is distinctive of the human species, has been sequestered by a alien power”; p. 311) di PABLO LEVIN dell’Università di Buenos Aires su *Power and Purchasing-Power. The Economic Categories of Modern World in the Hindsight by Present Transformations in Technological Capital* (pp. 299-313). È tuttavia, appunto, l’eterogeneità ‘marginale’ si chiarisce non appena si collochino tutti i tasselli più rilevanti al loro giusto posto.

Il primo si chiarisce a partire dalla messa in luce degli scopi della stessa fondazione Lothian, che si propone il compito, per usare la terminologia adottata, di favorire e animare la discussione su di alcuni aspetti della teoria e della storia delle relazioni internazionali — più nello specifico anche con particolare riferimento agli ambiti disciplinari relativi alla teoria politica e al costituzionalismo —, aspetti individuati prendendo le mosse e alla luce dell’opera e dell’influenza esercitata da Philip Kerr, 11th Marquess of Lothian, e precisamente *a*) la questione della sovranità nazionale e della c.d. anarchia internazionale; *b*) la teoria e la storia del federalismo e l’unificazione europea; *c*) il problema della devoluzione e del regionalismo; *d*) le relazioni tra il Regno Unito, il Commonwealth, l’Europa continentale e gli Stati Uniti nel ventesimo secolo. Già da questo breve riepilogo si incomincia ad intravedere, per così dire, il ‘luogo’ aristotelico, ovvero, se si preferisce, la radiazione di fondo, un ‘luogo’, un nucleo tematico — ideale e contemporaneamente, perché non esplicitarlo, ideologico — capace di dare un’impronta di forte unitarietà problematica (ma all’unitarietà dei problemi, e non certo a quella delle soluzioni, prima ci eravamo richiamati). Quest’unitarietà tematica è ulteriormente precisata se recuperiamo un secondo tassello, rivolgendoci alla specificità della serie di pubblicazioni di teoria politica, diretta da Preston King, alla quale appartiene anche il nostro testo. In tale collana possiamo imbatterci in volumi come quello curato da R. BELLAMY, VITTORIO BUFACCHI e DARIO CASTIGLIONE (*Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe*) che, prendendo le mosse dalla crisi del concetto di stato sia negli “established democratic states of western Europe”, sia nelle “emergent democracies of the former eastern bloc” e dalla messa in mora di molti concetti tradizionalmente a quello collegati, come sovranità, cittadinanza, e rappresentanza, si propone espressamente di investigare scientificamente (ma anche certo in prospettiva politica) “the possibile foundations of the reform of the Union’s institutions on a federal basis”; del resto, non casualmente nella prima sezione del nostro volume, è presente una rilevante messa a punto su *La forma politica del costituzionalismo* (pp. 45-56) dovuta proprio alla collaborazione di Bellamy e Castiglione, i quali — in polemica sia con la difesa sostanzialmente liberale del costituzionalismo (che ‘riporterebbe’ i principi democratici ‘assoluti’ a quelli del costi-

tuzionalismo con finalità garantiste dei diritti dei privati), identificata in via esemplificativa con la posizione di un Rawls, sia con la strategia ‘repubblicana’ che considera al contrario “la costituzione e i suoi meccanismi di limitazione del potere come il prodotto della politica democratica” (lo schema ‘dualista’ di Bruce Ackermann che distingue tra una politica ‘normale’ che si svolge in una situazione di condivisione di un quadro costituzionale stabilito e quindi al suo interno, e una politica invece ‘costituzionale’ — noi forse diremmo ‘costituente’, senza rischio di citare ginestre non citabili — tipica di circostanze eccezionali “quando l’intero sistema di governo viene rimesso in discussione”) — sostengono una posizione conciliativa, da loro medesimi denominata ‘costituzionalismo politico’, che “considera la costituzione come una forma di governo, più che una serie di norme giuridiche” (p. 53); senza tuttavia soffermarsi a sufficienza sul rilievo delle critiche elaborate *dall'esterno*, come quelle ‘decisioniste’ o quelle troppo facilmente squalificate come ‘populiste’, rispetto ad entrambe le prospettive criticate e quindi anche al loro tentativo di conciliazione.

Ovvero ancora più esplicitamente, se possibile, in quello editato dallo stesso P. King assieme a Andrea Bosco, ed avente a tema, sostanzialmente, una predittiva ‘torsione’ — definirla anglicizzante sembrerebbe a questo punto ormai un pleonaso — del processo di integrazione europea verso la programmazione degli auspicati (ma non necessariamente auspicabili) “Stati uniti d’Europa” (*A Constitution for Europe. A Comparative Study of Federal Constitutions and Plans for the United States of Europe*); anche a non voler andarsi a rileggere — come pure sarebbe consigliabile almeno per frenare colla comparazione entusiasmi prematuri — perché troppo risalenti o datate o difficilmente reperibili, o per tutti questi motivi insieme, le pagine del Lunario della domenica 3 ottobre del 1954 con le quali Ranuccio Bianchi Bandinelli rifletteva e sugli Stati Uniti d’Europa e al contempo su di uno dei più abusati concetti (anche) dell’oggi, quello di cultura ‘occidentale’ (in *Dal Diario di un Borghese e altri scritti*, Milano, 1962, pp. 341-344), varrà almeno la pena di ascoltare quanto uno studioso e storico ‘più’ contemporaneo e non meno avvertito, Bronislaw Geremek, rispondeva recentissimamente ad una domanda di Marco Politi sul ruolo dell’Europa federale — nella declinazione forse abbastanza diversa “immaginata dai cattolici Schuman, Adenauer e De Gasperi” e oggi “sotto tiro” — nei nuovi scenari (Repubblica, mercoledì 4 settembre 2002, p. 36): “Penso che la debolezza dell’idea federalista sia dovuta in parte ai federalisti stessi. Perché i federalisti europei hanno cercato di ridurre l’esperienza europea alle esperienze storiche vissute: gli Stati Uniti come stato federale o la Germania come repubblica federale. Invece l’Unione europea dovrà essere pensata in modo completamente nuovo: uno Stato federale anche forte, ma “delle nazioni”, che tenga conto di culture, retaggi e mentalità differenti”, compreso, senza pregiudizio “della sua

organizzazione in maniera laica”, il riferimento, come a suo fondamento, al “retaggio cristiano”. Ma la tonalità estremamente caratterizzata dell’impostazione, assieme a sue significative concretizzazioni, emerge nel modo a nostro avviso più esplicito nella presentazione redazionale del volume curato dal solo Andrea Bosco ed avente ad oggetto un tema odieramente (ma senz’altro non serenamente) dei più discussi (*Federalism and Subsidiarity. A Definition and a Comparison*); ci sembra pertanto non inutile riportarla per esteso, e proprio a sottolinearne i risvolti non per caso al fondo radicalmente critici nei confronti del concetto di sussidiarietà, in cui confluiscono appunto anche tradizioni culturali non omologabili a quella illuministico-liberale scelta un po’ unilateralmente a riferimento: “Subsidiarity is central to the debate on the future of the European Community. It is widely seen as providing the theory of a new federalism — one which will allow the Union to ‘widen’ and ‘deepen’ without creating a ‘superstate’ progressively undermining national or local autonomy. *But what exactly is subsidiarity? This book attempts to demystify it, and the process argues that, however useful as slogan, subsidiarity is incapable of providing the sort of legal test desired by its proponents. It points to the real dangers inherent in entrenching the concept in the Union’s constitutional fabric, and concludes by outlining a more fruitful approach to political reform in the Union. But what is federalism? In the field of political science, federalism has not yet achieved definite status. The federal idea has, however, developed since Enlightenment an autonomous conceptual nucleus which includes an interpretative criterion of social-historical reality and a guiding criterion for political action. It seems therefore plausible to regard federalism as a mature ideology, able to inspire a specific form of political action*”. Dunque perlomeno la favola ‘post-moderna’ (ma Collodi userebbe in proposito un’altra poco scientifica espressione) della morte delle ideologie non ha fortunatamente qui corso: né lo potrebbe del resto avere laddove, seppure con gli strumenti della scienza, si va in cerca di soluzioni (comunque anche) operative. Ma se il progetto culturale che sta sullo sfondo — e che coinvolge quindi almeno il valore del termine libertà che appare nel titolo (si confrontino inoltre nel nostro volume le considerazioni di GILDA MANGANARO FAVARETTO, *Il sistema politico di un popolo libero nel pensiero di F. von Hayek*; pp. 27-44) — ci appare ora più nettamente configurato nelle sue componenti essenziali, ci corre tuttavia l’obbligo di far emergere l’ultimo e più rilevante tassello, quello che finalmente ci conduca al centro del quadro.

In precedenza abbiamo accennato al fatto che, tuttavia, questa iniziativa di ricerca si inquadrava in modo del tutto peculiare sullo sfondo, che abbiamo cercato rapidamente di schizzare, delle stesse finalità istituzionali della fondazione di riferimento. In questo caso il tassello mancante, è però anche il più rilevante, *perché soggettivo* —

molti troveranno sorprendente un simile cortocircuito, ma piuttosto che rimandare a un recente testo di chi scrive, mi sembra più rapido e conclusivo un altro richiamo, del resto forse non discaro a chi si occupi di 'forme della libertà' ("Nur was Gegenstand der Freiheit ist, heisst Idee. Wir müssen also auch über den Staat hinaus! — Denn jeder Staat muss freie Menschen als mechanisches Räderwerk behandeln; und das soll er nicht; also soll er aufhören"; cfr. S. HERMLIN, *Hölderlin 1944*, in ID., *Scardanelli, Hölderlin*, Berlin, 1993, p. 70.).

Esso si riferisce ovviamente alla personalità scientifica della curatrice e a suo ruolo al contempo organizzativo e configurativo. Per quanto concerne il primo aspetto — e fin dal volume del 1980 *Scienza dello Stato e metodo storiografico nella Scuola Storica di Gottinga*, al quale chi scrive è particolarmente legato, anche per qualche profilo non semplicemente connesso a motivi scientifici — l'autrice si è rivelata, assieme ad altri pochi, tra i quali non possiamo non menzionare almeno Pierangelo Schiera, non solo come una delle migliori conoscitrici delle vicende della storiografia e della cultura tedesche tra sette e ottocento, ma altresì come una tra i pochi studiosi davvero in grado di assumere in pieno la consapevolezza che il discorso giuridico, e il discorso giuridico di lungo periodo (si vedano le illuminanti notazioni, che mettono a frutto una diuturna consuetudine con fonti in particolare settecentesche rilevanti, ma di difficile accessibilità — in questo caso da A. Rüdiger 1733 a C. G. Schaumann 1796 — sulla 'professionalizzazione' degli *status*, nel suo rapporto col 'meccanismo' dello stato moderno, il cui momento decisivo è visto appunto nella "riduzione degli 'status' da 'enti morali', nell'accezione pufendorfiana del termine, a 'forze' dello stato; un passaggio che non annulla completamente il riferimento etico implicito nel pensiero di Pufendorf, ma lo funzionalizza alla concezione dello stato sovrano", p. 128; sullo sviluppo nella prima età moderna del legame sempre più stretto tra prudenza e ragion di stato e sul mutato ruolo che riveste la nozione di *status*, tema sul quale del resto sotto altro verso abbiamo già avuto occasione di intervenire, interessanti notazioni altresì in MERIO SCATTOLA, *Persone, status, saperi: il moltiplicarsi delle prudenze alle soglie dell'età moderna*, pp. 73-92), è parte integrante di quella dimensione della modernità che viene per solito, sull'onda weberiana, definita dalla storiografia più accreditata con il termine 'razionalizzazione'. È stata dunque in grado, dicevamo, di problematizzare alla fonte (questa che è) la questione metodologica essenziale nel quadro di riferimento (non più moderno ma) contemporaneo dei mutamenti dei rapporti tra stato e società civile e della connessa tensione tra le tradizioni liberali e 'repubblicane' del costituzionalismo, che costituiscono, ormai lo sappiamo, i nodi tematici centrali di questo incontro (sul secondo punto, oltre a richiamare il saggio riassuntivo di R. BLÄNKNER su *Constitution and Memory. Constitutionalism and Political Culture in Late 18th and Early 19th Century*

Germany, pp. 257-274, almeno un cenno, ma del tutto ingiusto per la sua brevità a fronte dell'interesse del tema e soprattutto della sua trattazione, andrà comunque fatto al testo di NINO RECUPERO — *La reinvenzione del Parlamento britannico e il ruolo del discorso storico: da Macaulay a Trevelyan, 1845-1914*, pp. 243-255 — che è un vero e proprio contributo alla storia dell'“invenzione della (di una) tradizione”, secondo una ormai fortunata, ma sempre fascinosa formulazione; storia stavolta della quale uno dei principali protagonisti risponde forse non per caso al nome di Carlyle: cenno analogo, ovviamente analogamente inadeguato anche alla complessità della genealogia concettuale che presenta del pensiero — nelle interazioni e nei ‘rispecchiamenti’ reciproci di studiosi del calibro di Vinogradoff, Maine, Le Bras — di un autore del quale va senz'altro annoverato tra i migliori specialisti, andrà reso a MARIO PICCININI, *Avventure dell'anacronismo. Storia giuridica, giurisprudenza e concettualità politica in F. W. Maitland*, pp. 229-241) .

Alla fonte, significa del tutto naturalmente misurarsi con Weber, ed anche — non andrà mai trascurata, come abbiamo indicato, la dimensione operativa di queste analisi — con il suo supposto o perlomeno peculiare ‘liberalismo’ (in questo senso illuminante è anche il lucido intervento di REALINO MARRA su *Weber e il romanticismo politico*, pp. 211-227, laddove si valorizzano come decisive per la formazione dei capisaldi del pensiero del nostro sull'analisi del capitalismo le figure di G. F. Knapp, J. K. Rodbertus, e soprattutto August Meitzen, dei quali Weber condividerebbe appunto, e non solo relativamente al tema della riforma agraria, “la critica al liberalismo dogmatico che contagia i paesi tedeschi all'inizio dell'Ottocento, alla fiducia nella possibilità di un'imitazione controllata dei processi rivoluzionari, all'imposizione della libertà a tutti i costi, anche contro la volontà dei liberati e senza un'adeguata riflessione sulle conseguenze dell'abbattimento del vecchio ordine”, fino a giungere a cogliere addirittura un'affinità non marginale con Adam Müller su di un tema decisivo come quello della personalità come luogo del valore dell'individuo): in tale prospettiva si può dire che il centro generatore ed unificatore dell'insieme sia propriamente rappresentato da quella che potremmo designare come *la* (lettura) *critica* a (di) *Weber* (G. VALERA, *Regole vs. metodo vs. scienza: la “professione” fra impegno tecnico ed agire scientifico*; pp. 105-133) . Una critica che, partendo dalla celebre conferenza del 1917 su “La scienza come professione”, la rilegge sottolineandone alcuni nodi “che rivelano appunto il difficile passaggio dalla ‘modernità’ alla ‘contemporaneità’... Tra ‘modernità’ e ‘contemporaneità’ sono ravvisabili differenze e fratture non puramente cronologiche bensì di tipo storico. Lo stesso Max Weber riconosce tre fasi nella sua breve ricostruzione della storia della scienza: quella antica (la fase del concetto), quella moderna (dell'esperimento) e quella contemporanea, caratterizzata dal rapporto critico fra la scienza e la vita. Solo successivamente, nel criticare la scienza

moderna, contrae, per così dire, la sua visuale contrapponendo l'antico al moderno. In questo modo egli accorpa le due fasi, moderna e contemporanea, nella problematica unica della razionalizzazione ridotta nel letto di Procuste della specializzazione/tecnicizzazione (attraverso l'esperimento) cui fa da contrappunto la formalizzazione vuota. Si tratta di un sintomo di alcune difficoltà interne alla tesi della razionalizzazione" (pp. 108-110). Anche se la 'fuoriuscita' da Weber sembra poi declinarsi, in una prospettiva che meriterebbe d'essere altrimenti discussa, secondo la concezione della filosofia pratica propria al 'momento kantiano', laddove "o ci troviamo di fronte ad un dover essere orientato allo scopo, oppure ad un dover essere orientato alla forma stessa" — e quindi: "Come teoria della pratica delle relazioni tra enti razionali liberi, l'utopia' di un ordinamento in sé privo di contraddizioni (per dirla con i termini weberiani) ha nel discorso della razionalità critica una forza motivante che sussume la cogenza interna della prescrizione etica e riduce a puro strumento la cogenza esterna della prescrizione positiva, Il fatto che la decisione o la volontà del singolo non siano condizionabili in modo cogente dagli strumenti critici nulla toglie alla forza del *discorso pubblico*: come discorso che riguarda la 'forma della libertà', investe i valori e pone il compito scientifico di elaborarne la critica in virtù di quella stessa capacità di ordinamento concettuale che presiede la fondazione delle scienze pratiche come scienze autonome sia dall'etica che dall'empiria storica o statistica" (p. 127) —, resta comunque il fatto che la messa in discussione del troppo rigido paradigma della razionalizzazione rende possibile l'aprirsi del lavoro anche su quelli che potremmo chiamare i 'sentieri interrotti' della modernizzazione (cfr. anche W. KLINGER, *Gestire la complessità: realismo scientifico e tipi ideali in Max Weber*, pp. 315-317), le strade obliterate o non battute, nonché sui 'rischi' di quei processi (basti il riferimento ai saggi di DOMENICO CONTE, "Forma" e "legge" in Spengler, pp. 275-285 e ENZO FIMIANI, *La legittimazione plebiscitaria nella 'modernità': una categoria?*, pp. 289-298), e facendo confluire in un quadro problematico coerente voci contrassegnate da provenienze culturali talora diversissime e talora anche parzialmente estranee allo sfondo 'istituzionale' prima preso in esame.

Anzitutto ciò ci sembra valere per il saggio che apre la *Parte I. Le forme del potere: ordine e regole fra tradizione, organizzazione e calcolo* (le altre due coerentemente si intitolano *Le "forme" della ragione* e *Le forme della memoria. Casi di studio e modelli storiografici a confronto*) e quindi di fatto l'intero volume: il testo di LORENZO ORNAGHI, appunto dell'Università Cattolica di Milano (autore che non ha del resto bisogno di presentazioni, dai lavori su *Stato e corporazione* ai molteplici interventi sul ruolo della nozione d'interesse particolarmente in età moderna, per citare solo alla rinfusa) su *L'obbligo politico e il ciclo storico della 'moderna' autorità* (pp. 3-14), tema sul quale poi, a partire dalle

tesi principali enunciate e discusse proprio in occasione del convegno triestino, l'autore è ritornato in una voce enciclopedica che fa ormai stato (L. ORNAGHI, *Obbligo politico*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VI, Roma, 1996, pp. 286-295) . Saggio, senz'altro tra i più suggestivi, che si fa carico di ripercorrere la storia concettuale della nozione di obbligo politico — dall'idea di *obligatio* come *lex civilis* in Hobbes, alla concezione lockiana di *trust*; dall'impostazione tutta peculiare di Hume che facendo capo all'intuizione della derivazione dell'idea di giustizia dalle convenzioni immemorabili intorno alla "*stability of possession*", lo configura come *allegiance* di origine né consensuale né imposta con la forza, ma appunto 'convenzionale', al canone kantiano, promanante dalla separazione di obbligo giuridico e obbligo politico e più in generale di tutti quei 'doveri' "adempiuti non per costrizione esterna, bensì per l'intima convinzione della loro obbligatorietà" (p. 10) — senza sfuggire al problema, sollevato con forza prima da esponenti dell'idealismo inglese (tra i quali l'onomaturgo del concetto T.H. Green, ma anche da Bernard Bosanquet), e dai sostenitori del neo-comunitarismo poi, del vero e proprio *paradosso*, della contraddittorietà interna del concetto stesso di obbligo politico, così come configuratosi nelle esperienze giuridico-politiche moderne; "quale senso ha — questo formulato interrogativamente è l'argomento — obbligarsi 'politicamente', vale a dire non nei riguardi di qualcuno o qualcosa che costituisce una 'contro-parte', bensì nei confronti di ciò di cui si è (seppur, magari, in qualche modo) 'parte' ?": e infatti alla fine, come si può osservare sulla scorta di una lucida notazione di Hart, "ciò che la ragione — moderna andrebbe soggiunto (n.d.r.) — domanda è la cooperazione *volontaria* dentro un sistema *coercitivo*". Ornaghi individua molto felicemente sul piano della storia concettuale la ragione di questo paradosso moderno, di questa contraddittorietà, nella genealogia storica tipicamente individualistica della nozione: "che la formazione di una concezione individualistica dell'obbligo politico sia stata assecondata dall'adozione di un istituto privatistico derivato dal diritto romano, lo dimostra con tutta chiarezza quella moderna tradizione dell'obbligo di cui si è detto in precedenza. Non è, tuttavia, che in tal modo la sfera 'privata' abbia preso il sopravvento su quella 'pubblica' . Semmai, 'modernamente' e a mano a mano che il 'pubblico' è stato equiparato e nella sostanza ridotto allo 'statale', è vero il contrario: cioè che alle decisioni sia stata attribuita una progressiva valenza pubblica. E qui stanno — ormai lontane, certo, ma inestirpabili dentro la moderna organizzazione del potere — le radici di quell'intreccio tra ordine economico e ordine politico, che in modo così congeniale si attaglia nei nostri giorni al 'dilemma' dei beni pubblici" (p. 12) . Insomma alla fine il paradosso, anziché riassorbirsi, si accentua e si potenzia, radicandosi in un vero e proprio *plusvalore* di 'pubblico', così che, nel coronamento della peculiarità del 'moderno', "piuttosto che trovare il proprio fon-

damento 'morale' nell'interesse generale, o nel bene comune, o nella pubblica felicità (così assicurando la fedeltà degli obbligati alla comunità di cui prendono o semplicemente *sono* parte), l'obbligo — nella sua dimensione più anticamente e genuinamente politica — *si ritrova ad essere il principale se non il solo strumento attraverso il quale si possono immaginare e costruire interesse generale, bene comune, pubblica felicità*" (s.n.). Il culmine della costitutiva paradossalità moderna è dunque la fondatività dell'obbligo politico 'vuoto'. Tale tematica può allora trovare il suo 'doppio' nell'enucleazione della speculare e parallela vicenda che porta alla dominanza, anch'essa 'moderna', anche se tutt'altro che lineare o sufficientemente chiarita, della relazione diritti-soggetto, della primazia (più postulata che reale, tuttavia) dei diritti soggettivi, dei diritti dell'uomo.

Che anche qui si possa insinuare il sospetto secondo il quale, in definitiva, lo scettro dei diritti sia alla fin del salmo consegnato nelle mani di un cavaliere inesistente, di un soggetto altrettanto 'vuoto', non diremmo sia la tesi esplicita dell'interessantissimo saggio, a giusto titolo immediatamente successivo, dovuto alla punta secca, se ci si passa l'espressione, di PIETRO COSTA (*La 'forma' del mutamento: il discorso dei diritti tra antico regime e rivoluzione*, pp. 15-26); ma certamente uno dei suoi risultati più importanti, e assolutamente importanti per chiunque voglia d'ora in poi accostarsi alla tematica con una consapevolezza un po' avvertita, ci pare essere costituito dalla decostruzione, operata tutta per linee interne e con la consueta modestia del porgere — quasi per successive sottrazioni, insomma —, della vulgata 'progressista' dell'ascensione giusnaturalistico-illuministica agli altari di un individuo sempre più 'liberato': "Certo, possiamo accettare l'idea che in tutta la parabola della modernità i diritti del soggetto trattengono qualcosa di quel diritto-potere hobbesianamente attribuito al soggetto come tale. Occorre però articolare e circostanziare questa generale 'degnità' con numerose precisazioni e specificazioni aggiuntive. Fra queste, un primo ordine di considerazioni riguarda il fatto che i diritti del soggetto non sono solo diritti-poteri, ma sono anche, nel corso della complessa vicenda culturale sei-settecentesca, qualcosa di molto diverso, volta a volta riflesso soggettivo dell'ordine, elemento correlativo del dovere o del comando del *superior* e così via". Certo essi svolgono, specialmente nella fase rivoluzionaria, anche un'altra funzione, "tendono a divenire il tramite con un futuro possibile", a proporsi come 'forme (giuridiche) del mutamento', una trasformazione radicale che "passa attraverso l'attribuzione al soggetto di diritti che non sono il riflesso nel mondo del soggetto di un ordine già dato, ma esprimono la prefigurazione di un *ordine alternativo*" (s.n.). E tuttavia la citazione conclusiva del nostro — tratta dalla valutazione 'nel mezzo delle cose' del deputato Malouet, che coglieva "nel discorso dei diritti un *déchirement universel*, una globale lacerazione dei vincoli e delle obbedienze più vicina alla con-

testazione dell'esistente che non all'instaurazione della nuova legalità" (p. 25) — ci riporta alla sostanziale inconclusione, alla schizofrenia quasi, di un discorso moderno troppo spesso invocante la ragione quando irretito nei labirinti dell'intelletto disgiuntivo/oppositivo. Per assonanza, e fin dall'origine, se sciolto da ogni radicazione concreta, il discorso dei diritti rischia di trasformarsi in una (ulteriore, certo) macchina per la produzione di un 'delirio universale'; forse, seppur in modo certo difficilmente inquadrabile in certe finalità dell'oggi, qualcosa che l'8.4.48, con la solita perversa lucidità, il solito guastatore di Plettenberg aveva avuto modo di risottolineare: "Alla domanda sulla data di nascita del concetto di diritto acquisito: in genere la fine dei diritti acquisiti coincide con la trasformazione del diritto in legalità positivistica. Acquisito si dice allora *légalement acquis*, e con un unico tratto di penna il legislatore trasforma non solo intere biblioteche in carta straccia, ma anche interi paradisi di diritti regolarmente acquisiti in cumuli di macerie. Già da tempo i giuristi moderni parlano di *situation établie* e simili. Il nocciolo del problema sta nel rapporto tra legalità e legittimità" (C. SCHMITT, *Glossarium 1947-1952*, Milano, 2001, p. 175).

Chi abbia sottomano il volume si sarà agevolmente accorto che dei saggi ivi contenuti abbiamo tralasciato di seppur cursoriamente commentare solo quello che avevamo citato in apertura in relazione allo stile della recensione. La cosa non è in sé intenzionale, ne vale quale forma larvata di critica; ché, anzi, si potrebbe sospettare piuttosto l'opposto, visto che l'acuto saggio di OLIVIER MOTTE, del quale si potrebbe semmai solo lamentare che, forse a causa della sua estensione, sia stato pubblicato con alcuni tagli nel testo e privo dell'apparato di note, riguarda un tema a noi disciplinarmente assai prossimo, quale quello del rapporto tra prima scuola delle *Annales* e storiografia giuridica (*Bloch, Febvre e i giuristi*, pp. 173-209). Siamo invece casomai disposti a confessare che l'abbiamo letto con grande piacere, e largamente, con qualche sfumatura, condiviso, anche per la ragione soggettiva (inescusabile) che assai tempo fa ci eravamo espressamente, seppur piuttosto con riferimento alla successiva fase di quella celebre scuola, occupati del rapporto tra dimensione del giuridico e impostazioni della storiografia annalistica, tra l'altro sotto una intitolazione, perlomeno col senno di poi, largamente conferente con le tematiche del convegno (P. CAPPELLINI, *Gli 'Antichi' e i 'Moderni': Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, vol. LVIII, 1985, pp. 411-444).

O. Motte, pur partendo dal presupposto, che è poi anche conclusione (alla fine un po' riduttiva), secondo cui la prospettiva alla fine "puramente storica" dei maestri francesi, unita, soprattutto in Febvre ad una mai superata assenza di strumenti conoscitivi disciplinarmente adeguati, conduce ad un sostanziale fraintendimento della peculiarità della dimensione giuridica — ovvero "con la conseguenza inevitabile di

tale approccio: il disconoscimento di ciò che la specificità della norma impone come trattazione particolare durante il suo studio. È in questo che la lezione delle *Annales* diventa erronea. Che gli atti giuridici siano una fonte incomparabile per la conoscenza di una società è evidente. Ma voler riassorbire il giuridico nell'economico e nel sociale è impossibile, assurdo" (p. 208; anche se non convince, e prova troppo, l'ulteriore specificazione addotta, forse anch'essa molto 'francese': "Impossibile perché, qualunque cosa si faccia non si riuscirà mai a fare del diritto un puro oggetto della storia. Prodotto di uno Stato superbamente ignorato dalle *Annales*, promulgato dal potere pubblico per regolare dei rapporti sociali, imposto dalla forza, vi è qualcosa di duro, di resistente, di irriducibile in esso e dunque nella sua storia", che in fondo prende per 'eterna' la caratterizzazione storica, appunto, di una determinata tipologia del diritto moderno) —; e quindi dal fatto che "quale sia stato il loro apporto alla storia del diritto, la lunga relazione che essi hanno intrattenuto con i giuristi (sulla quale, per inciso, lo stesso Motte offre squarci illuminanti) basata su un equivoco, non poteva essere altro che la storia di una lunga incomprendimento" (p. 209): pur partendo da questo presupposto, stavamo dicendo, ci offre una ricostruzione a tutto tondo del raggiungimento, seppur frutto di una faticosa ricerca variamente ripresa e interrotta, da parte però del solo Bloch, di una concretizzazione anche teoreticamente importante della originaria intuizione, meditata in particolare a partire ovviamente dalle fonti medievali, della "fluidità della regola giuridica". Intuizione che deriva dal fatto appunto che "ogni parte invoca o crea una regola giuridica, ma in questa lotta continua il diritto non riesce a fissarsi" (p. 191). L'esperienza dello "sviluppo del diritto in movimento" si svolge, in tappe significative e opportunamente delineate, in indicazione metodologica fruttuosa, a partire dalla recensione del 1932 significativamente intitolata 'Semantica giuridica', che era stata immediatamente preceduta su quella strada dalla voce "European Feudalism" nella *Encyclopedia of social science*; insomma già nel 1934 MARC BLOCH "è dunque in possesso di due elementi determinanti per la comprensione della storia del diritto; l'uno derivato dalla storia inglese del diritto; l'altro dalla semantica storica: da una parte il diritto è l'espressione degli interessi e della mentalità di un ambiente, quello dei giuristi; dall'altra il diritto è un linguaggio. Non vi è da compiere che un leggero sforzo per combinare questi due elementi ed associarli in modo decisivo" (p. 200).

È solo però nel 1940 — e di nuovo sotto l'impulso della lettura di un libro anglosassone (del giurista inglese R.M. Jackson) — che torna a interrogarsi "su quel soggetto centrale della sua riflessione che è il giudice inglese", giungendo così al definitivo svolgimento e coronamento di quel nucleo intuitivo che in precedenza aveva configurato solo unilateralmente. E infatti alla constatazione anche terminologicamente

tipicamente ‘annalista’ che la “regola del diritto è una norma sociale”, tuttavia insufficiente, da sola, a rendere ragione della totalità sociale, visto che anche altri codici reggono le attività umane, “spesso diversamente autoritativi che il Codice in quanto tale”, si aggiunge ora un ulteriore sviluppo, che opportunamente Motte restituisce per esteso: “Tuttavia vi è pur qualcosa di esatto nella nozione del fatto giuridico come distinto dagli altri fatti. In molte delle società, almeno, l’applicazione, e in larga misura, l’elaborazione stessa delle regole del diritto sono state l’opera propria di un gruppo di uomini relativamente specializzati, e in questo ruolo... abbastanza autonomo da possedere le sue tradizioni proprie e sovente persino una logica di ragionamento particolare. *Insomma la storia del diritto potrebbe non avere esistenza separata se non come storia dei giuristi*” (p. 203). Motte, nel sottolineare il carattere decisivo di questa idea che costituisce nel profondo l’autonomia della storia del diritto, in quanto essa “è in definitiva la storia del giurista e dei suoi metodi”, sembrerebbe lasciarsi stavolta prendere la mano da un eccessivo ‘ingenuo’ entusiasmo, concludendo testualmente che “in verità dicendo ciò si è detto qualcosa di immenso”: e tuttavia almeno per una volta anche noi, che fortunatamente proveniamo da un ‘luogo culturale’ che ha fatto della storia del ‘pensiero giuridico’ la sua finalità di ricerca, non possiamo negare di aver provato, nel ripercorrere con lui le tappe di quell’affascinante itinerario, una emozione simile. Non per niente il grande storico francese aveva anche il coraggio dell’‘apologia’.

Se, come abbiamo cercato per barlumi di fare intendere, questo volume è ricco oltre che di arricchimenti problematici ‘specialistici’, anche di aperture e di messaggi; se esso spinge a generalizzare ai vari ambiti disciplinari della storiografia, quanto il nostro genealogista transalpino delle *Annales* afferma con forza a proposito della storia giuridica — e cioè che “il giurista non si richiama a questa storia nella pura prospettiva dell’erudizione, ma per il fatto che egli esercita una critica della scienza giuridica, che è la sua stessa ragion d’essere” (p. 208): allora si potrà dire che la sua intima ispirazione weberiana (oltre Weber) è stata effettivamente realizzata. Resta certo la questione che sempre ritorna degli ‘antichi’ e dei ‘moderni’... e del nostro *status* di contemporanei: quale dei due Weber, come ce li indicava Gabriella Valera, vada seguito in proposito, è ormai questione che è tempo di lasciare ad ogni lettore.

PIO CARONI

OCCHIUTO, MA NON TROPPO: SAVIGNY IN ITALIA

(a proposito di LAURA MOSCATI, *Italienische Reise-Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione* (= *Ius nostrum*, Studi e testi pubblicati dall'Istituto di storia del diritto italiano dell'Università di Roma "La Sapienza", N. 26), Roma, Viella Libreria Editrice, 2000, pp. 200).

1. Fra viaggi immaginari e viaggi reali. — 2. L'epistolario fantasma. — 3. Un sodalizio precario. — 4. Una prospettiva parziale. — 5. Illuminare l'ombra.

1. *Fra viaggi immaginari e viaggi reali.*

Oramai da più di vent'anni Laura Moscati ragiona — con determinazione, passione ed anche astuzia — sulla durata, l'intensità, il significato della presenza ⁽¹⁾ savignyana nell'Ottocento italiano. Aveva riferito di una prima, assidua esplorazione, circoscritta all'area subalpina, in un fortunato libro del 1984 ⁽²⁾: che appurava influssi sorprendenti e documentabili, ma ne mostrava anche i limiti, dovuti non tanto ad insufficienze, ignoranze o incomprensioni (come a noi fa spesso comodo ritenere), quanto piuttosto al fatto — ovvio, ma ugualmente recondito — “che il pensiero di Savigny fu recepito autonomamente nei diversi luoghi in stretta connessione con le radici culturali più propriamente specifiche degli stessi Stati preunitari” ⁽³⁾. E lasciava salutarmente in sospeso qualche interrogativo, nella speranza di potervi rispondere dopo ulteriori accertamenti.

Ampiamente preannunciate da interventi parziali o interlocutori ⁽⁴⁾, proprio queste ulteriori ricerche formano l'ordito di un secondo

⁽¹⁾ Espressione deliberatamente incolore, lo ammetto volentieri, ma anche meno “inquinata” di altre, ritenute più precise, perciò regolarmente preferite (come “recezione”, “influsso”, ecc.). E se proprio dovessi decidermi per un termine più specifico, parlerei piuttosto — per sottolineare la “creatività” del destinatario — di “percezione”.

⁽²⁾ Laura MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte — Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Quaderni di Clio N. 3, Roma 1984. V. in merito anche la recensione di Aldo MAZZACANE, *Quaderni fiorentini* 15, 1986, p. 453 ss.

⁽³⁾ Laura MOSCATI, *Italienische Reise - Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma 2000, p. 19-20.

⁽⁴⁾ *Sul Codice teodosiano* 1-3, in *Rivista di storia del diritto italiano* 62, 1989, p. 389-416; *Sul Codice teodosiano* 4-6, in *Rivista di storia del diritto italiano* 63, 1990, p.

volume, di quello che ci sta davanti, dal titolo emblematico: *Italienische Reise*. Che finalmente è lecito prendere alla lettera, se è vero che quest'opera accompagna Savigny nei suoi viaggi non più solo metaforici o immaginari, ma ora reali lungo la penisola. Quattro furono in tutto, fra il 1825 ed il 1834. Tutti affrontati alla ricerca della salute perduta, ma non solo di quella, se vedo bene. Anche di fonti, interlocutori, stimoli; ma soprattutto (e forse quasi solo) di *conferme*. Non erano finora sconosciuti: le lettere — ma persino le opere *des Reisenden* ⁽⁵⁾ — ne parlano spesso, vi si riferiscono, li commentano. Ma ora Laura Moscati li squadra in controluce, ossia attingendo copiosamente alla documentazione finora inedita del *Nachlass Savigny* custodito nella Biblioteca universitaria di Marburg ⁽⁶⁾. Serba, fra moltissime altre *trouvailles*, anche programmi, appunti, resoconti e diari di viaggio, che l'autrice ordina ed interpreta servendosi anche di lettere coeve al soggiorno italiano, depositate nella Biblioteca universitaria di Münster i.W. ⁽⁷⁾. Ne esce un quadro ricco, dal quale emergono con insolita vivacità atteggiamenti, giudizi e tendenze: l'ampiezza degli interessi culturali di Savigny, la celebrità della quale già godeva e nella quale letteralmente si cullava, l'acutezza delle sue osservazioni, la ricchezza delle informazioni via via raccolte, purtroppo anche l'inevitabilità di talune sue prevenzioni. Svela persino, e questo è meno scontato, per lui che volentieri esaltava "la razionalità delle strutture" ⁽⁸⁾, stati d'animo, emozioni, sentimenti: dall'euforia che gli infonde Napoli, "die erste Stadt in Italien, worin ich mir dächte leben zu können ohne grosse

437-458; *Savigny in Italia-Sulla fase iniziale della recezione*, in: A. Ara-R. Lill (a cura di), *Immagini a confronto: Italia e Germania dal 1830 all'unificazione nazionale*, Bologna-Berlino 1991, p. 205-237; *Un'inedita lettera di Savigny a Poerio*, in *Quaderni fiorentini* 21, 1992, p. 663-669; *Le prime relazioni di Savigny con l'Italia*, in *Panorami* (Facoltà di Giurisprudenza, Catanzaro) 6, 1994, p. 1-37; *L'interpretazione della Geschichte di Savigny nella scienza giuridica preunitaria*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 68, 1995, p. 91-106; *Savigny a Roma*, in *Rivista di storia del diritto italiano* 69, 1996, p. 29-48; *Un'inedita lettera di Savigny a Bollati*, in *Quaderni fiorentini* 26, 1997, p. 307-324; *Savigny in Italien*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19, 1997, p. 17-30; *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in F. Liotta (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 1999, p. 277-321.

⁽⁵⁾ Ad esempio F.C. von SAVIGNY, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 6, 1828, p. 201-228, in part. p. 201.

⁽⁶⁾ Notizie sull'importanza di questo fondo stanno nei *Quaderni fiorentini* 24, 1995, p. 410 nota 1 ed ora in Cristina VANO, "Il nostro autentico Gaio". *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000, p. 59 nota 11.

⁽⁷⁾ L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 13-15.

⁽⁸⁾ Il che lo induceva ad ammirare il Duomo di Milano (L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 67) secondo inclinazioni già intuite da Franz WIEACKER (v. ad es. *Gründer und Bewahrer-Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959, p. 114-115). A farne le spese, di questo "classicismo", fu in compenso la lanterna borrominiana della Sapienza, notoriamente ritenuta dal Savigny "ganz abenteuerlich und geschmacklos" (*Über den juristischen Unterricht in Italien*, p. 227).

Überwindung”⁽⁹⁾ alla nostalgia con la quale, nel 1838, oramai conclusa la stagione dei grandi viaggi, scriverà a P. Vieusseux: “Je serais bien heureux de pouvoir revoir la belle, l’incomparable Toscane, mais comme l’âge augmente à proportion que les forces se diminuent je n’en vois pas la possibilité”⁽¹⁰⁾.

Le storie che dunque scopre e descrive Laura Moscati sono molte, colorite, persino divertenti: già per il calibro del protagonista, per la densità (e la rappresentatività) della rete di colleghi, discepoli, conoscenti (e forse anche — ma non ne sono poi così sicuro — di amici), pronti a catturarlo, ammirarlo, intrattenerlo, per l’importanza — non solo a livello nazionale o culturale — delle città che lo ospitarono (Firenze, Roma e Napoli), ecc. Ma in realtà quest’opera non ha solo l’ambizione di intrattenere, illustrando le avventure italiane del professore berlinese. Aspira piuttosto ad altro, a ragionare sui destini ottocenteschi della scienza giuridica italiana, alla quale il contatto con il messaggio trasmesso dalla scuola storica offriva un’occasione, ineludibile e comunque preziosa, di riflettere sulle *proprie* certezze e, facendosi forte di queste, di formulare *proprie* risposte. È dunque corretto esaminarla da un osservatorio specifico, come ho ricordato, e chiedersi: modifica le nostre conoscenze o si accontenta di suffragarle con prove finora ignote? E se incide su di esse, in quale modo e come? Nelle righe che seguono mi propongo di mostrare su quali diversissimi piani questo libro ci induce, spesso in sequela a lunghe, minuziose, labirintiche, ma sempre anche entusiasmanti, ricerche, argomentando in modo suadente o proponendo prove irrefragabili, a riesaminare vecchie risposte, a distinguere più accuratamente o anche solo a guardare più lontano.

2. *L’epistolario fantasma.*

“Un viaggio nel tempo per costruire il presente”⁽¹¹⁾: con questa formula — peraltro vaga, perciò bisognosa di precisazione — Laura Moscati spiega l’attrazione esercitata dagli Stati italiani sui primi seguaci della scuola storica, intenti a studiare il passato nella speranza di scoprirvi le radici del presente. A tutti loro, che ancora confidavano fermamente nel primato della scienza giuridica, ma che ora intendevano ribadirlo con argomenti nuovi e nell’ambito di un nuovo programma — poiché solo così avrebbe potuto prevalere sull’istanza codificatrice — la

⁽⁹⁾ Lettera alla moglie da Napoli, del 10 maggio 1827 (cit. in L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 133, ma già 15).

⁽¹⁰⁾ Lettera del 19 luglio 1838 (cit. in L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 104).

⁽¹¹⁾ L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 12. E per essere ancora più espliciti: un viaggio “in cui la dimensione del tempo prevale su quella dello spazio che ne diviene soltanto un mezzo” (*ibidem*, p. 12).

Penisola prospettava la possibilità concreta di questo viaggio, volto a riscoprire e recuperare cimeli sepolti in biblioteche ed archivi.

Anche Savigny, oramai intento a raccogliere documenti per la prima stesura della *Geschichte*, ne fu ammaliato: verosimilmente prima, e certo più intensamente di altri, anche se il suo primo viaggio fu solo immaginario, ossia epistolare.

Inizia nel 1807: desideroso di consultare un testo ancora inedito del Diplovatazio e a conoscenza del fatto che una copia si trovasse presso l'Università di Bologna, Savigny si rivolse ad Angelo Ridolfi (1752-1825), monaco olivetano attivo nell'ateneo felsineo, che in quegli anni vi insegnava diritto pubblico e delle genti. Iniziava a tal modo uno scambio epistolare, che l'autrice — andate oramai perse le lettere — ricostruisce con incredibile abilità mettendo a frutto le lettere coeve dai due indirizzate ad altri studiosi ⁽¹²⁾. I temi che vi affiorano svelano due cose: da un lato l'importanza dell'aiuto offerto da Ridolfi nel reperimento delle fonti della *Geschichte*, dall'altro la precocità del suo impegno volto a diffondere in Italia il messaggio di Savigny. Buon conoscitore della letteratura tedesca, in contatto epistolare anche con Niebuhr, Hufeland, Bluhme, Förster ed i fratelli Grimm, trasferitosi nel 1815 a Padova e qui titolare della cattedra di lingua e letteratura tedesca, Ridolfi allestì infatti fra il 1818 ed il 1822 due rassegne bibliografiche, che al pubblico italiano presentarono, con verve e competenza e quasi in anteprima, i primi tre volumi della *Geschichte*, la quarta edizione del *Besitz* ed i primi due volumi della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Il che permette a Laura Moscati di concludere questo primo capitolo affermando che proprio la scoperta di questo scambio epistolare fantasma — finora del tutto sconosciuto — attirando l'attenzione sull'impegno del Ridolfi anticipa di vent'anni i contatti rilevanti per la diffusione del pensiero e delle opere di Savigny in Italia ⁽¹³⁾. Come inizio non c'è male.

3. *Un sodalizio precario.*

A Ridolfi, che era un ingegno acuto e versatile ⁽¹⁴⁾, seguì poi un nugolo foltissimo di confidenti, interlocutori e corrispondenti italiani: quelli davvero incontrati durante i viaggi, ma anche quelli del più dimesso contatto epistolare. Sono loro — noti o meno noti, ed in

⁽¹²⁾ Su tutto questo capitolo, finora sconosciuto, L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 21-39.

⁽¹³⁾ L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 16, 24, 39, 174.

⁽¹⁴⁾ Nel 1808 pubblicò un *Trattato di diritto sociale*, che l'autrice presenta alle p. 27-29, nel quale il lettore odierno scopre prefigurazioni di una disciplina, alla quale solo a fine Ottocento fu conferita autonoma dignità scientifica.

quest'ultimo caso accuratamente identificati, studiati e spesso rivalutati dall'autrice — che assecondano le ricerche di Savigny in Italia. E che a tale modo fanno pensare ad un sodalizio animato da convinzioni e programmi, sui quali non doveva essere difficile raggiungere un consenso. All'insegna, ad esempio, di un "recupero del passato in funzione del presente" (15). Il che spiegherebbe non solo la comune inclinazione al *backward look*, ma anche la comune speranza connessavi, quella cioè di riscoprire valori, reliquie, documenti suscettibili di illuminare, ossia dar senso, perciò anche giustificare, il presente. Ma proprio questo "presente", così suggestivamente evocato nel programma comune, *in realtà comune non era*; e questo fatto, sul quale intendo brevemente riflettere, mi induce a parlare di un sodalizio *precario*.

Per gli studiosi italiani, ossia per gli storici, archeologi, filologi (e solo raramente giuristi) che, contagiati dagli intenti e dalle speranze tacitamente sottese alla *Geschichte* savignyana, si misero a scrutare criticamente il passato, la ricerca storica era funzionale alla riscoperta delle proprie radici (16). Doveva perciò contribuire a rafforzare nel presente il sentimento di una comune matrice, così come poteva garantirlo la *continuità*, prima sperata e poi celebrata, fra l'era mitica del diritto romano classico e l'attualità (17). Una continuità che, promuovendosi ora l'unità nazionale, assumeva pure un significato scopertamente politico (18). Così si spiegano almeno due cose: da una parte la riconoscenza nei confronti di Savigny, per aver egli incitato — con l'esempio e con le conclusioni, del resto ampiamente prevedibili, della *Geschichte* — gli studiosi italiani a riflettere sulla propria storia (19). D'altra parte la soddisfazione provata per i risultati così conseguiti: che non solo *concludevano*, ma *coronavano* gli sforzi di un'indagine ancora tutta, e deliberatamente, antiquario-filologica. Non, si noti, *faute de mieux*, per la modestia degli interpreti o per la mancanza di prospettive più ambiziose: ma perché questo approccio era ampiamente sufficiente a nutrire quelle certezze, che al presente potevano convenire.

Per Savigny le cose stavano diversamente, anche se occasionalmente ce ne dimentichiamo. La verifica della "persistenza" del diritto romano nel Medio Evo non gli era indifferente: restava pur sempre lo

(15) Così L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 27, 180 (con formulazione forse meno precisa) *et passim*.

(16) L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte, passim*, specialmente p. 23, 139 ss., 145, 179.

(17) L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 141-143, 147, 196 ecc.

(18) L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 27; EAD., *Italienische Reise*, p. 177.

(19) Nel 1838 Cesare Balbo aveva lamentato la mancanza di una traduzione italiana della *Geschichte*, affermando: "Ma è una vergogna che non abbiamo tuttavia una traduzione italiana di quest'opera capitale per la nostra storia più che per niun'altra d'Europa?" (cit. in L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 146).

scopo esclusivo delle sue indagini *storiche* (20). Ma aveva ugualmente uncarattere strumentale, gli serviva in realtà, come aveva capito lo Sclopis, solo “a determinare l’elemento vivo del diritto vigente” (21): di quel diritto, al quale Savigny, a differenza degli interlocutori italiani, preferibilmente pensava. Certo, nella scuola storica c’era posto per tutti: per gli “antiquari” e per i cultori del diritto positivo (22). O, si potrebbe anche dire: per chi si “accontentava” della dimensione storica e per chi invece la trascendeva, se ne serviva per andare oltre, per disporre cioè tutto il diritto positivo in un compiuto “sistema”. Savigny ne fu il protagonista indiscusso, se è vero che tutto il suo programma scientifico era stato tracciato in funzione del *System*, di quell’“opera di grande rilievo”, sulla quale persino durante il soggiorno napoletano, benché affascinato (o salutarmente distratto) dalla natura, dalla città e dai suoi abitanti, amava meditare (23). E che qualche anno più tardi anticipò ad uno dei più assidui corrispondenti italiani con queste gravi parole: “Une ouvrage étendu d’ont j’ai conçu le plan, et qui formerait une espèce de compendium de tout ce que j’ai pensé, recherché, travaillé sur le droit romain, dès ma jeunesse” (24).

Tento di riassumere: parlo di un sodalizio *precario* per evidenziare che il rapporto con gli studiosi italiani si limitò al reperimento, alla collazione ed alla decifrazione dei manoscritti di fonti antiche, ossia ad ambiti puramente archivistici (25). Per Savigny non erano lo scopo finale della ricerca, ma la premessa dell’ultimo e decisivo stacco, quello che aspirava a modificare il quadro del diritto *vigente*, ingabbiandolo in un sistema autonomo. Uno stacco, che in Italia fu ignorato o guardato con relativa indifferenza dagli “antiquari” (26), ma sembrò subito interessare

(20) L’autrice ha splendidamente illustrato questa diversità ragionando sulle reazioni seguite alla (ri)scoperta della Lex romana utinensis (*Da Savigny al Piemonte*, p. 109).

(21) Così nell’inedita commemorazione di Savigny pubblicata in appendice (L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 323 ss., il passo citato a p. 341).

(22) Ne ho parlato da ultimo in P.C., *Il codice rinviato-Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in P. Cappellini-B. Sordi (a cura di), *Codici — Una riflessione di fine millennio*, Atti dell’incontro di studio Firenze ottobre 2000, Milano 2002, p. 263-307, in part. p. 279-280.

(23) Lettera alla moglie da Napoli, del 13 giugno 1827 (cit. in L. MOSCATI, *Italianische Reise*, p. 133).

(24) Lettera a Niccola Nicolini, del 21 ottobre 1836 (*Italianische Reise*, p. 172-173). Nel 1850 Savigny confesserà di aver formulato nell’articolo introduttivo della *Zeitschrift*, nel *Beruf* e nel primo volume del *System* “meine Überzeugungen von dem wahren Wesen der Rechtswissenschaft, und von dem richtigen Verfahren zur Lösung ihrer Aufgabe” (F.C. v. SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, I, p. 105).

(25) L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 18; EAD., *Italianische Reise*, p. 174-175.

(26) In *Italianische Reise* il problema non viene affrontato, poiché esula dall’arco temporale occupato dai viaggi. Ma quanto Laura Moscati aveva ricordato nel 1984 in merito alla reazione di Sclopis al *System* (*Da Savigny al Piemonte*, p. 28, 30, 262 ss.)

altre cerchie, quelle più precipuamente attente alla teoria del diritto positivo. Fatto sta che il *System* fu tosto tradotto, anche se solo sulla base della versione francese, e che in ciò si vide il segno di una sua precoce diffusione in Italia⁽²⁷⁾. Come poi venisse interpretato ed applicato, se più o meno in conformità alle intenzioni dell'autore, questo andrebbe esaminato in dettaglio. In tale attesa c'è chi, con qualche buona ragione, preferisce parlare di una lettura persino equivoca, frutto di malintesi o fraintendimenti, piuttosto che di una ricezione consapevole delle singolarità dell'opera⁽²⁸⁾. Se anche fosse vero, persino se sembrasse lecito cogliere un certo imbarazzo *vis-à-vis* di questo monumento della dogmatica, la cosa sarebbe comprensibile: segnalerebbe infatti la difficoltà di inserire un messaggio così clamorosamente alternativo in un tessuto reale che gli era ostile, ossia quello della codificazione. Poiché insistendo, come davvero fece, sul *System*, che a sua volta presupponeva l'immutato vigore del diritto comune, Savigny gli conferiva — seppure implicitamente — una valenza antidificatrice⁽²⁹⁾. Al cospetto di una realtà istituzionale di contrario segno — come lo era quella degli stati preunitari ad eccezione della Toscana e dello Stato pontificio — creò inevitabilmente frizioni e favori letture se non proprio curiose, certo “irregolari”⁽³⁰⁾. Solo più tardi, quasi a fine secolo, anche il *System* trovò finalmente i suoi lettori, grazie alla

suggerisce grande prudenza e comunque non induce all'euforia. V. anche A. MAZZACANE, *Quaderni fiorentini* 15, 1986, p. 456.

(27) Sulle traduzioni del *System* in Italia vedi Filippo RANIERI, *Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Ius commune* 8, 1979, p. 192-219, specialmente 206-207; L. MOSCATI, *Savigny in Italia-Sulla fase iniziale della recezione* (cit.), p. 228-234; EAD., *Savigny in Italien*, cit., p. 28-31; Guido ALPA, *La cultura delle regole-Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, p. 146-149.

(28) F. RANIERI, *Savignys Einfluss*, p. 213 ss., specialmente 215 e 217. Condivido questo giudizio, anche se credo che i “malintesi” siano spesso plausibilissime, persino logiche risposte (almeno secondo la logica di chi vi si richiama). Anche Savigny, dunque, come ho già ricordato altrove (P.C., *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB*, in *Festschrift Hermann Baltl zum 60. Geburtstag*, Innsbruck 1978, p. 107-122) fu ovviamente “stravolto” secondo le attese e le necessità del suo lettore. Restano comunque i casi, ove è d'obbligo parlare di ignoranza, più o meno palese. Uno lo ricorda l'autrice, *Italienische Reise*, p. 128-129.

(29) Per questo motivo è indubbiamente lecito affermare (come ha fatto spesso Laura MOSCATI, ad es. *Da Savigny al Piemonte*, p. 244, 248, 336) che Savigny nel primo volume del *System* avesse “smorzato i toni della controversia”. Ma solo a condizione di aggiungere che lo avesse fatto “senza derogare dalla posizione iniziale” (L.M., *Italienische Reise*, p. 78).

(30) Tanto per citare un esempio, sul quale sarebbe opportuno riflettere serenamente: nella sua traduzione del *System* (Napoli 1847-1855) Ciro Moschitti ne presentò il testo mettendolo continuamente a confronto con la legislazione del Regno delle Due Sicilie. Fece cioè proprio quanto Savigny, nel saggio del 1828, aveva rimproverato ai professori toscani (F.C. v. SAVIGNY, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, p. 208).

traduzione di Vittorio Scialoja ed all'affermarsi del formalismo di estrazione pandettistica che l'aveva propiziata ⁽³¹⁾.

4. *Una prospettiva parziale.*

Rientrato dal secondo viaggio e mettendo apparentemente a frutto dati raccolti cammin facendo, Savigny allestì e subito pubblicò il notissimo resoconto *Über den juristischen Unterricht in Italien* ⁽³²⁾: che da allora — per la valutazione pesantemente negativa che esprimeva — non ha mai smesso di far discutere. È accertato che i contemporanei lo recepirono comunque — complice la “mediazione” francese ⁽³³⁾ — quale stroncatura, una vera “stangata”, come l'aveva chiamata Pietro Capei nel 1829 rivolgendosi direttamente a Savigny ⁽³⁴⁾. Sulla cui attendibilità si possono davvero formulare, in assoluta buona fede, giudizi controversi ⁽³⁵⁾. Ma solo a condizione di non dimenticare che le riflessioni di Savigny, a dispetto del titolo — che preannunciava un'indagine complessiva, quindi attenta a *tutte* le modalità dell'insegnamento — vertevano esclusivamente sull'istituzione universitaria. È ben vero che nell'ottica tedesca, specie in quella condivisa da Savigny e che era di ispirazione humboldtiana ⁽³⁶⁾, l'università godeva di una centralità indiscussa. Al punto da escludere che all'esterno di essa potessero esistere altre istituzioni, alternative o meno, destinate all'addestramento del ceto forense. Ma anche qui la realtà della Penisola era diversa. Mostra che i centri più vitali della scienza giuridica erano dislocati in accademie e scuole private di diritto, che tutte esprimevano “una

⁽³¹⁾ F.C. von SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio SCIALOJA, 8 volumi, Torino 1886-1896. Vedi in merito L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 270-271; Aldo MAZZAGANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV, Milano 1978, p. 515-557, in part. p. 537 nota 46.

⁽³²⁾ Pubblicato sulla *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 6, 1828, p. 201-228.

⁽³³⁾ Il peso (negativo) di questa mediazione risulta chiaramente da una lettera di Savigny a Capei del 1829, già presentata e commentata da Laura MOSCATI nei *Quaderni fiorentini* 21, 1992, p. 663-669, ed ora ripresa in *Italienische Reise*, p. 165-166.

⁽³⁴⁾ Lettera di P. Capei a Savigny del 30 maggio 1829 (citata da F. RANIERI, *Savignys Einfluss*, p. 200-201).

⁽³⁵⁾ Vedi gli autori citati da L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 170 nota 31, ai quali aggiungo ora la valutazione di G. ALPA, *La cultura delle regole*, p. 98-99.

⁽³⁶⁾ L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 33, 66, 86; EAD., *Italienische Reise*, p. 16-18, 166-167. L'autrice sottolinea opportunamente che proprio durante il soggiorno italiano Savigny rifletteva su questi problemi ed iniziò a scrivere il suo noto saggio su *Wesen und Werth der deutschen Universitäten* (poi ripubblicato in *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, IV, p. 270-308, v. in particolare p. 270 nota 1).

cultura alternativa a quella ufficiale, ma non complementare ad essa” (37).

Ora nel resoconto savignyano questa diversa cultura non trovò posto, ad eccezione delle poche righe che ricordano le scuole private napoletane (38) e che in capo a sommario esame ne sanzionarono l'irrilevanza scientifica (39). Ma questo giudizio — *tranchant* oltre misura — viene clamorosamente sconfessato dai materiali di Marburg, che l'autrice scopre e sapientemente valorizza, come anche dalla corrispondenza coeva (40): contengono infatti apprezzamenti ben più lusinghieri sulle scuole private, arrivano persino ad accostarle, per il loro carattere seminariale, alle università tedesche (41). Il che dimostra almeno due cose. Anzitutto che Savigny anche in questo caso si era documentato con metodo e puntigliosità (42). Secondariamente che poi, al momento di stendere l'articolo, aveva “sacrificato” (43) molti materiali, guardacaso proprio quelli che, proponendo uno sguardo meno rapsodico o contratto (44), avrebbero mitigato la severità del giudizio finale.

Ritengo perciò lecito dedurne, in conclusione, che la prospettiva scelta da Savigny per riferire della situazione italiana restasse, malgrado tutto, *parziale* (45): non solo perché condizionata dalla coeva pratica tedesca e quindi chiusa ad esperienze alternative, ma anche perché prescindeva inspiegabilmente da tutti quei ragguagli di indubbio interesse, che avrebbero conferito al quadro conclusivo tinte meno fosche. È difficile accettare questo verdetto, già perché evoca la spiacevole immagine della verità a due velocità (46). Poi anche perché Savigny non

(37) L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 18, 145. Sulle accademie *ibidem*, p. 85 ss., 156 ss.; sulle scuole private di diritto *ibidem*, p. 145 ss.; EAD., *Insegnamento e scienza giuridica*, p. 295, 303, 306-308; A. MAZZACANE, *Quaderni fiorentini* 15, 1986, p. 455.

(38) F.C. v. SAVIGNY, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, p. 220-221.

(39) “Das Ganze machte einen höchst unlebendigen Eindruck, und wissenschaftlicher Geist kann wohl dabei nicht aufkommen” (*ibidem*, p. 221).

(40) L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 159-160.

(41) *Ibidem*, p. 146, 151-152.

(42) *Ibidem*, p. 147 ss. Che ciò corrispondesse all'*habitus* mentale e scientifico di Savigny vien del resto confermato dalla recente pubblicazione della documentazione raccolta prima del 1814, poi usata per stendere il testo del *Beruf*. Vedi H. AKAMATSU-J. RÜCKERT (a cura di), *Politik und Neuere Legislationen-Materialien zum “Geist der Gesetzgebung”*, Ius commune, Sonderhefte 135, Frankfurt a.M. 2000.

(43) Espressione usata (anche) da L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 145.

(44) È l'autrice stessa ad ammettere che la considerazione di questi altri materiali permette “*fundiertere* Aussagen sowohl zum Rechtsunterricht wie auch zu dessen Beziehung zur Entwicklung der Rechtswissenschaft in jenen Universitäten, die der Meister aufgesucht hatte” (L. MOSCATI, *Savigny in Italien*, p. 19 nota 11, corsivo nel testo mio).

(45) L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 137; EAD., *Insegnamento e scienza giuridica*, p. 310-311.

(46) La stessa immagine torna del resto alla mente anche mettendo a confronto la documentazione relativa all'elaborazione e alla natura del *Code civil* (documentazione

lo corresse mai: ripubblicando nel 1850 il suo saggio, si limitò a registrare con soddisfazione i progressi conseguiti dalla scuola giuridica toscana⁽⁴⁷⁾. Non una parola di più. È difficile, dicevo. Per l'amarezza che ce ne viene e che certo non induce alla moderazione⁽⁴⁸⁾. Ma è purtroppo inevitabile.

5. *Illuminare l'ombra.*

La straordinaria ricchezza dei materiali inediti, di quelli confluiti nel saggio del 1828 come di quelli purtroppo negletti, ha poi paradossalmente permesso a Laura Moscati di capovolgere, strada facendo, la prospettiva e di conferire alla sua indagine un taglio meno contingente e comunque meno indissolubilmente legato alla persona di Savigny. Così le annotazioni di viaggio, i diari, la corrispondenza diventarono tosto uno stimolo (o un pretesto?) per riflettere — come segnala il sottotitolo — sulla scienza giuridica della Restaurazione⁽⁴⁹⁾: quindi per tornare a battere sentieri nascosti, alla ricerca di un mondo “variegato composto più da ombre che da luci”⁽⁵⁰⁾. Non da oggi l'autrice li predilige, questi filoni culturali “periferici e minoritari”⁽⁵¹⁾; li frequenta con abilità e tenacia, ma pure con grande rispetto, convinta com'è che anche questi àmbiti apparentemente marginali e dimessi hanno la loro

ricordata *supra*, nota 42) con l'implacabile verdetto seguitone nel *Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, p. 55 ss. Anche un attento lettore francese, facendolo, ha infatti scoperto “que dans ses notes de lecture, le juriste allemand a une appréciation du Code civil français qui, par rapport à l'essai de 1814, est moins critique et moins polémique dans la mesure où il tente d'appréhender scientifiquement ce travail...” (così Olivier BEAUD in *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* 33, 2001, p. 210).

⁽⁴⁷⁾ L. MOSCATI, *Italianische Reise*, p. 167. In altri casi Savigny aveva davvero corretto il tiro, persino radicalmente. Lo fece ad esempio rimpetto alla condanna della scienza giuridica francese, citata nella nota precedente: dapprima recensendo la prima annata (1819-1820) della *Thémis* di A. JOURDAN nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 4, 1820, p. 482 ss., ed in particolare il paragrafo conclusivo (che si legge anche in *Vermischte Schriften*, V, p. 180-182), poi in una premessa alla seconda edizione del *Beruf*, del 1828 (il cui testo sta anche in J. STERN, *Thibaut und Savigny-Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914, p. 202-204. Sul rapporto fra Savigny ed il Code civil v. ora J. RÜCKERT, *Code civil, Code Napoléon und Savigny*, in J.-F. KERVÉGAN-H. MOHNHAUPT (a cura di), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Atti di un Symposion del settembre 1999, *Ius commune*, Sonderhefte 144, Frankfurt a.M. 2001, p. 143-176 (che comunque non menziona le ritrattazioni, risp. precisazioni ricordate).

⁽⁴⁸⁾ Quella moderazione, alla quale si ispira esemplarmente l'autrice nelle sue valutazioni, v. ad es. *Italianische Reise*, p. 164, 169-170.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 13-14.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, p. 19; EAD., *Da Savigny al Piemonte*, p. 21.

⁽⁵¹⁾ L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, p. 33.

dignità e meritano già per questo uno sguardo meno preconcelto ed arrogante.

In questo senso la scelta non poteva essere più felice. Della civilistica preunitaria conoscevamo infatti finora solo tutto quanto la correlava alla Francia ed alla tradizione dell'*école de l'exégèse* ⁽⁵²⁾. Il che appare logico, vista la parte assunta da questa tradizione nell'elaborazione del Codice del 1865. Sottovalutate restarono a lungo le relazioni con il mondo tedesco e quindi con lo storicismo: che ora l'autrice ha splendidamente messo in luce ⁽⁵³⁾. Terra incolta rimane tuttavia la scienza giuridica cresciuta attorno al Codice civile austriaco del 1812, che (bene o male) dettò legge per mezzo secolo nel Lombardo-Veneto ⁽⁵⁴⁾. Resta dunque ancora molto da fare. Non sfugge perciò al lettore la preziosa promessa di continuare nella direzione presa finora ⁽⁵⁵⁾. Anzi, lo consola, nella fiduciosa attesa di altre esplorazioni *auf verwachsenem Pfade*.

⁽⁵²⁾ Lo ricorda anche L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 19; EAD., *Insegnamento e scienza giuridica*, p. 279-284, 294; Adriano CAVANNA, *Mito e destini del "Code Napoléon" in Italia-Riflessioni in margine al "Panegirico a Napoleone legislatore" di Pietro Giordani*, in Giordani-Leopardi 1998, Convegno nazionale di studi, Biblioteca storica piacentina, vol. XI, Piacenza 2000, p. 35-75.

⁽⁵³⁾ L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 18-20.

⁽⁵⁴⁾ Anche nella recente *Storia* di G. Alpa la codificazione austriaca viene tendenzialmente esclusa, non essendo rifluita, se non in minime dosi, nel Codice del 1865. Singoli accenni comunque a p. 82, 103-105, 130, 144. Altri ragguagli in L. MOSCATI, *Insegnamento e scienza giuridica*, p. 299-301.

⁽⁵⁵⁾ L. MOSCATI, *Italienische Reise*, p. 160-161.

MARIO A. CATTANEO

RIFLESSIONI SULL'ILLUMINISMO GIURIDICO

(a proposito di PAOLO BECCHI, *Giuristi e principi. Elementi per una storia della cultura giuridica moderna*, Compagnia dei Librai, Genova, 2000, pp. 165).

Già dal titolo, *Giuristi e principi*, di questo recente libro di Paolo Becchi, risulta chiara l'impostazione dell'analisi filosofico-giuridica in esso contenuta; si tratta di una ricerca su alcuni significativi aspetti dell'illuminismo giuridico, i quali riflettono le preoccupazioni di giuristi di prima (e anche durante) la Rivoluzione francese, di presentare programmi ai sovrani, volti alla riforma, in senso liberale e umanitario, di vari rami del diritto. Se Platone aveva previsto direttamente i filosofi quali governanti dello Stato, i giuristi illuministi si ponevano come consiglieri (in senso riformatore) dei sovrani (particolarmente rilevante, al riguardo, è la figura di Gaetano Filangieri). Del resto, Kant aveva posto quale articolo segreto per la pace perpetua il principio per cui le massime dei filosofi (e i giuristi illuministi erano filosofi) sulle condizioni della possibilità della pace perpetua devono essere prese in considerazione dagli Stati armati per la guerra. Si sente dunque l'eco dell'"assolutismo illuminato" nel titolo di questo libro di Becchi, che riunisce diversi saggi, di cui alcuni già pubblicati, e altri inediti.

Dopo avere esaminato il pensiero di Leibniz giurista — avverso al volontarismo giuridico e sostenitore del razionalismo — alle origini dell'idea di codice, Becchi affronta lo sviluppo dell'illuminismo giuridico in tre aree geografiche, linguistiche e culturali: tedesca, italiana, francese. Le osservazioni più pregnanti, che riguardano il peculiare significato dell'illuminismo giuridico, sono contenute nel capitolo concernente la Germania: qui Becchi ricorda giustamente la differenza tra l'illuminismo francese, tendenzialmente eversivo verso il potere e l'ordine costituito, e l'illuminismo germanico, tendente a una riforma sotto la guida di sovrani "illuminati". Curiosamente, egli non cita Dominique Bourel, il quale aveva sottolineato la differenziazione — in questo senso — tra *lumières* e *Aufklärung*, nella sua relazione al Congresso internazionale sull'illuminismo svoltosi a Pisa nel 1979.

Nello stesso capitolo Becchi ricorda una controversia interpretativa, tra le tesi del compianto amico Giovanni Tarello, il quale negava la possibilità di una definizione unitaria di illuminismo, ed era attento alle "diverse e molteplici operazioni di politica del diritto che erano

state compiute in quel periodo (p. 42), e le mie, vòlte a indicare gli elementi fondamentali propri della dottrina giuridica illuministica. Becchi conclude la discussione su questo punto proponendo una sintetica definizione di illuminismo giuridico, sul modello della definizione di illuminismo data da Kant in *Was ist Aufklärung?*: “l’illuminismo giuridico è l’uscita della legge dallo stato di minorità in cui si trovava rispetto alla dottrina dei giuristi e al potere dei giudici” (p. 55). Una definizione brillante, che coglie in sintesi gli elementi che a me sembrano proprio costituire l’essenza della dottrina giuridica dell’illuminismo.

In rapporto all’area francese, Becchi prende in considerazione essenzialmente Voltaire; a questo riguardo egli sottolinea la contraddizione, vissuta e sentita dallo stesso Voltaire, tra il rifiuto delle idee innate nella teoria della conoscenza, e l’affermazione dei diritti innati nella filosofia giuridica; ma in fondo, tale contraddizione era già presente nel pensiero di Locke, del quale Voltaire si è sempre proclamato seguace. Nel capitolo sull’area italiana la parte più originale e interessante è la messa in rilievo del fatto che Filangieri (al quale va in particolare l’attenzione di Becchi) è stato uno dei primi a segnalare l’importanza dell’obbligo della motivazione della sentenza da parte del giudice e del suo significato garantistico. Si potrebbe aggiungere che nell’Italia di oggi, tale significato garantistico, che Becchi giustamente sottolinea, è notevolmente ridotto dal fatto che la pubblicazione della motivazione avviene a grande distanza da quella del dispositivo: sembra quasi che la motivazione consista nella ricerca di elementi vòlta a giustificare *a posteriori* una decisione presa per altri motivi, una decisione magari arbitraria; in realtà, invece, il dispositivo non dovrebbe essere altro che il naturale risultato di una motivazione seria e approfondita, la quale costituisce il punto centrale della sentenza. A proposito di questo tema, nel sottolineare giustamente il valore e il significato del contributo di Filangieri, Becchi indica — fra gli autori che hanno trascurato il tema dell’obbligo della motivazione — anche Montesquieu (p. 76 n.), riferendosi al capitolo dell’*Esprit des Lois* intitolato “De la manière de former les jugements” (VI, 4). Ora, questo è vero; si deve tuttavia osservare che questo capitolo di Montesquieu ha carattere essenzialmente descrittivo, vòlto a indicare le differenze di natura delle sentenze nella repubblica e nella monarchia. Inoltre, si può osservare che nella più rigida prospettiva iniziale dell’illuminismo, per la quale, come dice proprio Montesquieu, il giudice è la “bouche de la loi”, la motivazione consisterebbe semplicemente nel ricondurre il fatto sotto la legge; nel caso del diritto penale, tale prospettiva conduce a stabilire, per ogni tipo di reato, una sola pena, di un unico tipo (così era impostato il codice penale rivoluzionario francese del 1791); l’obbligo di motivazione avrebbe fatto sentire maggiormente la sua necessità con la successiva introduzione della facoltà, per il giudice, di variare fra un

minimo e un massimo della pena, a seconda delle circostanze concrete (in base alle tesi di Karl Grolman).

D'altra parte, si può notare che Becchi, per una sua scelta, dedica scarso spazio a Montesquieu (lo cita soltanto due volte); ora è chiaro che, da un punto di vista generale, Voltaire è l'esempio "tipico" di illuminista; tuttavia, sul piano dei principi giuridici dell'illuminismo, è proprio Montesquieu il pensatore più significativo.

Particolare rilievo riveste a mio avviso il capitolo dedicato al problema penale, incentrato su tre autori: Kant, Filangieri e Hegel (e Becchi è un profondo conoscitore della filosofia giuridica di Kant e di Hegel). Mi soffermo in particolare sulla parte di questo capitolo dedicata a Kant; e mi fa piacere che Becchi abbia toccato un punto che avevo cercato di approfondire nei miei lavori sulla filosofia della pena di Kant, ovvero la contraddizione insita nella definizione kantiana della legge penale come imperativo categorico. La contraddizione sta nel fatto che l'imperativo categorico esclude in linea di principio qualsiasi motivo o condizionamento empirico nell'imposizione del dovere (e quindi esclude la minaccia della pena); e inoltre nel fatto che l'imperativo categorico è l'imperativo tipico della morale, che Kant stesso intende distinguere, in modo preciso, dal diritto. Opportunamente Becchi ricorda in proposito il pensiero di Adolfo Ravà, il quale aveva invece considerato il dovere giuridico come un imperativo ipotetico (*Il diritto come norma tecnica*). Becchi osserva poi che Kant, ricollegando la legge penale all'imperativo categorico, può introdurre il principio del rispetto della dignità umana nell'ambito penale; questo è vero, e la *pars destruens* è la parte migliore della teoria penale kantiana, in quanto essa critica e rifiuta le concezioni utilitaristiche, in particolare la prevenzione generale (soprattutto se intesa a livello di esecuzione della pena), in quanto volta a fare del colpevole un mero strumento nell'interesse generale della società. Direi però che questo avviene attraverso l'applicazione della seconda formulazione dell'imperativo categorico al diritto penale, presentando il dovere di trattare il colpevole condannato come un fine in se stesso; non quindi attraverso l'identificazione di legge penale e imperativo categorico, la quale, con il suo rigorismo fine a se stesso, conduce talora a conseguenze aberranti e in contraddizione con i principi morali kantiani (come la pena di morte per l'omicidio, la castrazione per i delitti sessuali), conseguenze che anche Becchi mette in luce e critica decisamente (pp. 115-116).

L'ultimo punto che intendo prendere in considerazione è il capitolo conclusivo del libro, dedicato al pensiero di Gustav Hugo; capitolo che è introdotto da un altro, concernente i rapporti e le differenze tra "Scuola storica" e "Scuola filosofica" del diritto. Della Scuola storica (e insieme della disputa sulla codificazione fra Savigny e Thibaut) Paolo Becchi è, insieme a Giuliano Marini e Giovanni Marino, uno dei maggiori studiosi oggi in Italia. Nel pensiero di Hugo Becchi individua

con precisione la nascita del positivismo giuridico, sottolineando la contrapposizione con Kant: “Al centro dell’attenzione di Hugo non stanno più i principi metafisici del diritto elaborati aprioristicamente da Kant, ma i contenuti molto empirici del diritto positivo” (p. 147). Becchi osserva che a Hugo mancava il “criterio universale”, *a priori*, indicato da Kant per determinare l’essenza del diritto; egli sottolinea però il fatto che anche la dottrina di Hugo era una teoria razionale, moderna e rivoluzionaria dal punto di vista metodologico. Per Hugo la ragione è lo strumento per comprendere il diritto, ma non è la fonte filosofica del diritto (pp. 150-151). Si può aggiungere che Gustav Hugo aveva cercato di portare dalla propria parte la filosofia kantiana, dandone però un travisamento interpretativo: Hugo aveva ricordato uno scritto minore e pre-critico di Kant, *Untersuchung über die Deutlichkeit der Grundsätze der natürlichen Theologie und der Moral*, del 1763, nel quale il filosofo di Königsberg aveva distinto la matematica, procedente con metodo sintetico, dalla metafisica, procedente invece con metodo analitico (e quindi formale). Hugo dimenticava però che Kant, nella *Kritik der reinen Vernunft*, ha indicato come analitici soltanto i giudizi propri della logica (esprimenti un’identità), e invece come sintetici sia i giudizi empirici (vòti a un allargamento della conoscenza), sia i giudizi propri della metafisica. Proprio a questo riguardo Kant aveva ricercato la possibilità di “giudizi sintetici *a priori*”.

Se Becchi giudica il pensiero di Hugo rivoluzionario sul piano metodologico, riconosce tuttavia il suo carattere reazionario sul piano politico (come è testimoniato dalla sua giustificazione di istituti storici quale la schiavitù). Del resto, il carattere a mio avviso reazionario della Scuola storica è confermato dall’acquiescenza di Savigny alla cacciata dalla cattedra universitaria dei “Göttinger Sieben”, i sette professori (fra i quali i fratelli Grimm), che avevano protestato contro l’abolizione della costituzione da parte del nuovo sovrano dello Hannover nel 1837; posizione che gli aveva suscitato le severe critiche della cognata Bettine Brentano von Arnim.

Ma, a parte queste considerazioni di natura storico-politica, si può osservare che quel positivismo giuridico (fondato sulla pura esperienza), il quale ha in Gustav Hugo un preciso iniziatore e trova il suo coronamento novecentesco in Hans Kelsen, esprime nel modo più perfetto quella teoria empirica del diritto la quale corrisponde, secondo le parole di Kant, alla maschera tragica priva totalmente di cervello della favola di Fedro (parole ricordate, a proposito di Hugo, anche da Becchi).

Sono dunque grato a Paolo Becchi per avermi dato l’occasione di queste riflessioni su temi sempre affascinanti. Siamo in presenza di un libro assai interessante, scritto in modo piacevole, senza complicazioni e difficoltà inutili: un libro che esprime un’autentica ricerca filosofico-giuridica, la quale trae la sua linfa dal colloquio con i classici — giuristi

e filosofi — di un periodo così ricco di tensioni culturali, di lacerazioni politiche, di approfondimenti filosofici, di ricchezza letteraria, quale quello che percorre l'Europa all'incirca dalla metà del Settecento al metà dell'Ottocento. Di fronte a tendenze culturali odierne che si sono allontanate da tale impostazione, è opportuno segnalare l'importanza di questo contributo a quella "storia della cultura giuridica moderna", che stava tanto a cuore a Giovanni Tarello.

GIULIO CIANFEROTTI

DIRITTO PUBBLICO E SCIENZA GIURIDICA
NELLA SECONDA METÀ DEL NOVECENTO

(a proposito di AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI fasc. 4 (2001), pp. 1013-1644; *Indice cumulativo 1951-2001*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI suppl. al fasc. 4 (2001), pp. XI-169)

La “Trimestrale” ha compiuto cinquant’anni. La rivista festeggia la ricorrenza con la pubblicazione dell’indice cumulativo e di un numero speciale dedicato alle vicende de *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, entrambi presentati da Sabino Cassese.

Il fascicolo celebrativo è corposissimo e densissimo, supera le seicento pagine e raccoglie ben diciotto saggi. Dopo la *Presentazione* di Cassese e i primi due studi di Mario Dogliani su *La legislazione costituzionale* e di Guido Melis su quella ordinaria, i saggi si succedono in un contrappunto continuo tra gli interventi sulla costituzionalistica e quelli sulla amministrativistica, sino agli ultimi quattro scritti dedicati rispettivamente da Gaetano Dauria alle riviste scientifiche, da Enrico Gustapane a quelle di giurisprudenza, da Luciano Vandelli agli studi di diritto pubblico straniero e da Fabio Ruge alla storia ed alla storiografia nella “Trimestrale”.

La proposta di lettura contrappuntistica dei saggi costituzionalistici e amministrativistici, suggerita da Cassese con la loro disposizione alternata, è assai suggestiva, promette di far conseguire quei risultati aggiuntivi di conoscenza che la prospettiva comparata consente — “se ogni conoscenza è comparazione” ⁽¹⁾ — e sollecita una riflessione sulla identità disciplinare della giuspubblicistica in questo cinquantennio: permette di indagare sia l’esattezza della mappa — tracciata anni fa da Enzo Cheli — dei percorsi paralleli e separati, convergenti e intrecciati seguiti dalla scienza costituzionale e amministrativa nel corso del Novecento ⁽²⁾, che le ragioni che hanno portato negli ultimi decenni dall’ammaestramento di Giannini, secondo cui la divisione tra diritto

⁽¹⁾ S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, XLV (1995), p. 789.

⁽²⁾ E. CHELI, *Modello costituzionale e scienza amministrativa*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna 1990, pp. 97-107.

costituzionale ed amministrativo ormai “non si può fare che in via di stipulazioni didattiche” (3), alla progressiva distinzione (“andata molto — troppo — oltre il dovuto”) tra gli studi diritto costituzionale e diritto amministrativo recentemente rilevata da Gaetano Azzariti (4).

L’esigenza attuale di riavvicinare lo studio “delle scienze gemelle del diritto costituzionale ed amministrativo” (5) appare pienamente condivisibile e desta notevole l’interesse, pure in una prospettiva storica, il suggerimento di uno studio sovrapposto dei testi costituzionali e amministrativi — che diventa, d’altra parte, ineludibile, nei casi diffusi di unione personale nel medesimo studioso dello scrittore costituzionalista ed amministrativista. Ma dinanzi alle due letterature, comunque distinte, costituzionalistica ed amministrativistica, che attraversano il Novecento, sembra preliminare, ad ogni altro approccio, esplorare gli itinerari testuali interni a ciascuna delle due specifiche tradizioni disciplinari, conoscere l’insieme delle correlazioni tra un testo e gli altri testi dello stesso autore e con ciascuno dei due generi letterari nel suo complesso, così come si è andato sedimentando e organizzando in una peculiare tradizione testuale, la vicenda, insomma, dei problemi e delle soluzioni proposti dal discorso costituzionalistico e poi da quello amministrativistico.

Dopo la lettura dei primi due saggi sulla legislazione passeremo dunque ad illustrare gli studi di diritto costituzionale, poi quelli di diritto amministrativo ed infine i contributi di carattere generale ed i saggi dedicati alla sociologia degli autori di questo “periodo felice” e contraddittorio nella storia del diritto pubblico italiano, come scrive Cassese nella *Presentazione* del volume, di questi cinquant’anni di “progresso delle istituzioni” ma “di relativa debolezza teorica” delle scienze del diritto pubblico (6).

In verità, gli scritti contenuti in questo fascicolo non sono tutti lavori intesi alla ricostruzione storica del cinquantennio. Il saggio di Mario Dogliani su *La legislazione costituzionale* (7), che apre il volume, è piuttosto un lavoro dogmatico volto alla formulazione di concetti capaci di rappresentare il contenuto delle leggi costituzionali prodotte nel cinquantennio: è un “inventario” dogmatico, un lavoro di definizione e classificazione volto a cogliere le “regolarità” riscontrabili nella sequenza delle trentuno leggi costituzionali emanate in cinquant’anni.

(3) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, p. 866.

(4) G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino 2000, p. 12.

(5) *Ibid.*, p. 18.

(6) S. CASSESE, *Presentazione*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), pp. 1013 ss.

(7) M. DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), pp. 1017-1041.

Ma l'ordine concettuale che ne risulta — le nozioni cioè di “regolarità funzionale”, intesa sia come “tipologia delle leggi costituzionali a partire dalla loro efficacia sul testo della costituzione o sul diritto costituzionale” (leggi di rottura, di revisione o di attuazione di riserve di legge costituzionale); sia come “incompetenza delle leggi costituzionali a modificare tutte le norme ricavabili da tutti gli enunciati contenuti nel testo della costituzione”, la tematizzazione operata cioè da una parte della dottrina italiana di limiti materiali intrinseci al potere di revisione; così come la nozione di regolarità “strutturale”, vale a dire la regola che le leggi di revisione abbiano un contenuto semplice (chiaro, univoco ed omogeneo) per soddisfare il requisito della sua sottoponibilità a referendum (8) — offre uno strumentario di nozioni euristicamente feconde proprio per l'indagine e la ricostruzione storica delle vicende politico-legislative, dottrinali e giurisprudenziali del cinquantennio.

Dogliani non si fa storico (anche se nel 1994 in una sua *Introduzione al diritto costituzionale* tracciò egregiamente un profilo storico delle costituzioni dall'età classica a quella moderna); compie il suo ufficio di giurista positivo, svolge un lavoro prettamente dogmatico, ma è uno studioso consapevole della storicità del diritto, dell'oggetto delle sue indagini, e dialoga con gli storici. Ricorre, ad esempio, alla nozione di “assolutismo giuridico” (p. 1038) — proposta da Paolo Grossi nei confronti del potere politico moderno — per manifestare la sua preferenza al ruolo della scienza giuridica e della giurisprudenza nella produzione del diritto, “in condizione di normalità politica” piuttosto “che non ad interventi ‘assolutistici’ [...] del potere politico”; ed a sua volta è in grado di fornire agli storici preziose categorie concettuali, che concorrono a formare la ‘precomprensione’ necessaria ad interrogare le fonti storiche, ad avviare il processo ermeneutico dialogico domanda-risposta nei confronti delle fonti giuspubblicistiche. Ancora una palinogenesi, dunque, della problematica coppia *Storia e Dogma* — dittologia per gli uni, dicotomia per gli altri — cui si intitolava anche uno scritto di Filippo Vassalli (9), apparso nel fuoco della *querelle* che tanto scaldò la dottrina giuridica italiana negli anni '20 e '30 del secolo scorso con la disputa tra Betti e De Francisci.

All'inventario dogmatico della legislazione costituzionale, tracciato da Mario Dogliani, segue quello storico, che Guido Melis redige della legislazione ordinaria (10). Una sequenza incalzante di leggi, periodizzate per legislature all'inizio e poi per decenni, a partire dagli anni '60, che restituisce perfettamente il profluvio vorticoso di norme che il

(8) E le considerazioni sulla rottura di questa regolarità rappresentata dalla legge di revisione del Titolo V e dalle sue stesse modalità d'approvazione con una strettissima maggioranza parlamentare, cfr. *ibid.*, pp. 1034 ss.

(9) F. VASSALLI, *Storia e dogma*, in *Studi giuridici*, II, Milano 1960, pp. 497-507.

(10) G. MELIS, *La legislazione ordinaria*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), pp. 1043-1077.

legislatore ha immesso nell'ordinamento. Una legislazione, ricorda Melis, che appariva a Giannini pletorica ed insieme in gran parte sfasata rispetto ai principi della costituzione repubblicana, o comunque rimasta inattuata o travisata rispetto alla eventuale ispirazione innovativa originaria, come nel caso delle riforme degli anni '70, e che lo faceva parlare di una "lentissima fondazione dello Stato repubblicano".

Per ripercorrere la vicenda legislativa del cinquantennio si poteva naturalmente scegliere tra una pluralità di criteri di analisi normativa: si poteva svolgere l'analisi retorica delle differenti strategie argomentative adottate dal legislatore, ad esempio, nelle leggi contenenti asciutte disposizioni prescrittive rispetto a quelle che didascalicamente spiegano le proprie motivazioni ed i propri fini; oppure sviluppare l'analisi linguistica delle ricorrenze e dell'alternarsi delle proposizioni prescrittive con le assertive e le valoriali; o condurre l'analisi tipologica delle plurime possibili classificazioni strutturali e funzionali: da quella dei codici — tra codici per sistemi e codici per materia, tra codificazioni di parte generale e codificazioni di parte speciale, tra codici deboli e codici forti, tra codificazioni a diritto costante e testi unici e così via enumerando — a quella proposta da Predieri e ricordata da Melis (p. 1058 s. nt. 80) tra "leggi, leggine, leggi di bilancio, leggi di modifica agli stanziamenti in bilancio, leggi di convalidazione di prelevamenti dal fondo delle spese impreviste, leggi di ratifica, leggi di conversione di decreti legge, leggi di delegazione"; oppure mirare all'analisi funzionale, ipotizzabile distinguendo tra legislazione per principi generali di orientamento, leggi interposte, leggi quadro, leggi di indirizzo, legislazione periodica (leggi finanziarie, comunitarie, ecc.), leggi di incentivazione e così via; o privilegiare l'analisi strutturale, cui ricorre lo stesso Melis per individuare le caratteristiche della legislazione degli anni '90, parlando da una parte di *work in progress*, di una legislazione a mosaico, potremmo dire, che accosta leggi finanziarie, deleghe legislative e leggi "aggiuntive" alla legge capostipite e, dall'altra, della tendenza alla delegificazione e semplificazione; o puntare infine sull'analisi contenutistica, che è quella appunto che Melis utilizza con efficacia per seguire l'operato del legislatore repubblicano nell'arco del cinquantennio.

Nel disegno tracciato da Melis di questi cinquant'anni scorgiamo, anzitutto, le quinte, il paesaggio, l'aria di casa — che non mutano mai e sono formati da un densissimo pulviscolo di leggi, che si deposita su tutte le più minute vicende, e dalla presenza dei codici fascisti, pur novellati e riformati dalle declaratorie di incostituzionalità della Corte — e poi vediamo le grandi periodizzazioni legislative che Melis tratteggia. Nella prima legislatura (1948-53) il corposo filone della legislazione per l'agricoltura e per la piccola proprietà contadina (ma anche per le parrocchie, associazioni religiose e chiese) si distingue accanto a storiche leggi quali quelle per l'istituzione della Cassa del Mezzogiorno e dell'ENI; nel secondo quinquennio (1953-58) quello per la pubblica

amministrazione — “in larga misura derivante dall’impegno progettuale dell’Ufficio per la riforma dell’amministrazione”, sorto nel 1950 e sino al 1955 guidato da Roberto Lucifredi — culminato nel T.U. del ’57 sugli impiegati civili dello Stato, ma anche l’emersione nel lessico del legislatore del termine-concetto di piano (per l’agricoltura, le autostrade, i telefoni, la scuola etc.). Gli anni ’60 sono naturalmente il decennio della programmazione economica, delle due riforme di struttura della nazionalizzazione dell’energia elettrica e dell’istituzione della scuola media unica obbligatoria, della riforma regionale; “decennio operoso” anche gli anni ’70, con lo statuto dei lavoratori, le leggi sul divorzio, sulla riforma del diritto di famiglia, sull’aborto e sulla chiusura dei manicomi, l’avanzare dei diritti di libertà e “il profilarsi di una legislazione di *welfare*”, da una parte, e dall’altra il delinarsi di una legislazione emergenziale. L’“emergenza economico-corporativa” e “l’incipiente crisi fiscale” congiurano ad aggravare la frammentazione normativa degli anni ’80, ma anche in quel decennio si stagliano leggi importanti come la n. 400/1988 sull’attività di governo e l’organizzazione della Presidenza del Consiglio, e l’approvazione, sempre nell’88, del nuovo codice di procedura penale. Negli anni ’90 la legislazione si infoltisce e la periodizzazione diviene più serrata: i provvedimenti del 1990, dalla riforma del potere locale al procedimento amministrativo e l’accesso, alla riforma del sistema bancario; il decreto legislativo n. 29/1993 sul rapporto di pubblico impiego e la distinzione tra politica e amministrazione, e, sempre nel ’93, la riforma delle norme per le elezioni amministrative e politiche; le leggi Cassese 1993/94 per la semplificazione amministrativa, la riforma dei controlli amministrativi, la soppressione di alcuni ministeri e il riordino di altri, la trasformazione dell’ANAS in ente autonomo e dell’amministrazione delle Poste in Ente Poste, l’adozione con direttive ministeriali di codici etici, come quello di comportamento dei dipendenti pubblici ed il codice di stile per la comunicazione amministrativa; ed infine le leggi Bassanini (1996-2001), che grazie ad ampie leggi delega hanno consentito l’adozione di un numero elevatissimo di decreti legislativi, regolamenti di semplificazione, procedimenti amministrativi e testi unici.

I tempi storici della costituzionalistica italiana tracciati da Fulco Lanchester ⁽¹¹⁾ sono naturalmente differenti da quelli della legislazione ordinaria segnati da Melis, anche se non mancano le influenze e le sovrapposizioni tra *Giuristi e legislatori*, in un intreccio di adeguamento ed autonomia, di concordanza e di separazione, che un convegno fiorentino del ’96 ha utilmente esaminato ⁽¹²⁾. Lanchester muove dai

⁽¹¹⁾ F. LANCHESTER, *I costituzionalisti italiani tra Stato nazionale e unione europea*, *ibid.*, pp. 1079-1104.

⁽¹²⁾ P. GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di innovazione del diritto*. Atti dell’Incontro di studio — Firenze, 26-28 settembre 1996, Firenze 1997.

risultati acquisiti dall'indagine storica sulla dottrina dell'età liberale e del ventennio fascista per ribadire una linea interpretativa che ci pare possa essere fatta risalire fino al libro del 1971 di Sabino Cassese su *Cultura e politica del diritto amministrativo*, che si rifaceva a sua volta al giudizio formulato da Massimo Severo Giannini sull'incapacità dell'indirizzo postpandettistico dei Romano e degli Zanobini di cogliere le riforme di struttura realizzate nel periodo fascista⁽¹³⁾.

La tesi enunciata allora da Cassese sul "più profondo" realismo dei costituzionalisti rispetto agli amministrativisti nella prima metà del '900⁽¹⁴⁾ è stata svolta in particolare da Maurizio Fioravanti⁽¹⁵⁾, che ha sostenuto che, mentre i primi erano intenti negli anni Trenta alla formulazione di una dottrina della costituzione che affrontasse finalmente i temi della funzione di governo, della costituzione come norma fondamentale di carattere prescrittivo, dell'indirizzo politico come espressione istituzionale di quella norma e del partito politico, i secondi erano ancora assorti nella costruzione del sistema attorno alle teoriche dell'amministrazione imperativa come essenza dello Stato e dell'autonomia della pubblica amministrazione intesa come neutralità e imparzialità nei confronti delle volontà di governo e di partito, attorno alle tradizionali nozioni di Stato-persona e di signoria della volontà e dunque alla sequenza delle categorie proprie del soggettivismo pandettistico, potremmo dire rileggendo le rubriche dei capitoli del primo libro del *Corso* zanobiniano: soggetti, oggetti, rapporti giuridici, fatti giuridici, atti amministrativi, responsabilità.

Questa ipotesi interpretativa dualistica riproposta dal Lanchester, che contrappone la chiusura conservatrice dell'amministrativistica italiana degli anni Trenta alla capacità di innovazione della costituzionalistica, risulta convincente, a nostro avviso, a patto che si facciano un'aggiunta ed una precisazione. L'amministrativistica di quegli anni, con il suo soggettivismo pandettistico, può apparire certo chiusa ai nuovi fenomeni dell'interventismo statale e della *Leistungsverwaltung*, ma riflette perfettamente la permanente, concreta realtà storica, allora ancora dominante, del diritto amministrativo fondato sulla dicotomia

(13) M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", XV (1965), p. 15.

(14) S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971, p. 165; v. anche successivamente ID., *Guido Zanobini e il sistema del diritto amministrativo degli anni Trenta*, in "Politica del diritto", V (1974), pp. 699-710, ripubbl. in *L'amministrazione dello Stato*, Milano 1976, pp. 289 ss.

(15) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in A. SCHIAVONE (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari 1990, pp. 3-87; ID., *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in M. GALIZIA-P. GROSSI (edd.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano 1990, pp. 45 ss., ora in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, t. I, Milano 2001, pp. 657-793.

autorità/libertà, della specialità del diritto amministrativo come regime dell'autorità con al centro il provvedimento amministrativo come atto autoritativo ⁽¹⁶⁾, a cui, del resto, uno studioso rinnovatore come Massimo Severo Giannini darà la prima compiuta formulazione teorica nella amministrativistica italiana soltanto nelle innovative *Lezioni* del 1950 ⁽¹⁷⁾. Ed assunta la specialità del diritto amministrativo, il battere dell'amministrativistica di quegli anni con decine di saggi sull'atto amministrativo risultava una conseguenza teoricamente ed idealmente necessaria, perché significava studiare l'istituto cui spettava "la funzione di puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità-libertà" ⁽¹⁸⁾ e di costituire l'oggetto del sistema di giustizia amministrativa; significava anche incardinare, potremmo dire riproponendo un'ipotesi interpretativa di Giannini, quel "tentativo, che fecero i giuristi italiani, di dominare dall'interno il fascismo, avviandolo verso una prassi di conservatorismo illuminato", riaffermando "la regola dello Stato di diritto", che *pour cause* "si finiva con l'identificare con lo Stato avente un attrezzato sistema di giustizia amministrativa" ⁽¹⁹⁾.

Lanchester incontra nuovamente i costituzionalisti autori della dottrina della costituzione degli anni Trenta, a principiari da Mortati, Crisafulli ed Esposito, "sempre presenti" sulla scena costituente del triennio 1945-47, poi su quella del "congelamento" costituzionale degli anni 1948-1954, attraversata da tendenze metodiche e ideali contrapposte, ed infine negli anni del disgelo (1955-1968) impegnati ad allargare il campo delle libertà individuali "recuperando" sul piano teorico e della giurisprudenza costituzionale i principi istituzionali della sovranità popolare e dei diritti fondamentali.

Gli anni tra il 1960 e il 1970 segnano la crisi del tradizionale paradigma disciplinare tecnico-giuridico: la generazione nata negli anni Trenta, che pubblica i suoi primi libri in quel decennio, li apre alla comparazione, alla storia e all'analisi delle novità giurisprudenziali. Intanto, nel 1968, inizia la fase di "eterna transizione" del sistema politico: la fase consociativa della prima metà degli anni Settanta ed i governi di unità nazionale della seconda metà, l'ininterrotto vano discorrere di "innovazione istituzionale" nel decennio successivo, la crisi del sistema agli inizi degli anni Novanta e infine il processo di integrazione europea dell'ultimo scorcio del secolo.

Nel frattempo la costituzionalistica, smarrita negli anni Sessanta la tradizionale forte identità disciplinare del metodo giuridico, pare entra anch'essa in una fase di "eterna transizione", potremmo dire. Quella che all'inizio era innovazione, seppure tributaria dell'influenza

⁽¹⁶⁾ "I provvedimenti amministrativi [...] sono tutti atti autoritativi" (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 291).

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, pp. 289-429.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 290.

⁽¹⁹⁾ *Id.*, *Vita e opere di Guido Zanobini* cit., p. 14.

culturale americana, a principiare dal commento alla giurisprudenza costituzionale, è finita col diventare arretramento con la crescente rinuncia ai grandi temi delle libertà e delle forme di governo, abbandonati alla scienza della politica. La molteplicità dei valori di una democrazia pluralistica, sommandosi [alla] e rafforzando “l’anarchia metodologica” della costituzionalistica, provocata dall’abbandono dell’ancoraggio al metodo giuridico, ha aumentato gli “ondeggiamenti interpretativi” e favorito la fabbricazione di prodotti scientifici di dubbia qualità, potremmo aggiungere, tra cui i “raccontini” di gianniniana memoria ⁽²⁰⁾. Eppure, aggiungiamo ancora noi, l’individualismo metodologico non significa necessariamente rinuncia a criteri scientifici condivisi, ma solo consapevole scelta di metodi teorici produttivi di ipotesi controllabili dalla comunità scientifica nella loro utilizzabilità ed efficacia per la formulazione di problemi e la ricerca di soluzioni.

La progressiva formazione di una comunità scientifica europea, di una “comune cultura giuridica europea”, la costruzione di “un solido ordito comune” è l’auspicio che Lanchester formula in chiusura del saggio, citando le proposte di Dieter Grimm e di Peter Häberle, che evocano suggestioni di paesaggi familiari agli storici del diritto: dal pluralismo giuridico di diritto comune e diritti particolari, proprio dell’ordine medievale, con il ruolo sapienziale creativo primario in esso svolto dalla scienza giuridica, all’unificazione dottrinale dei paesi europei continentali tra ‘800 e ‘900 ad opera dei principi della pandettistica e dei suoi maestri universitari.

Proprio il richiamo all’opera di Peter Häberle ci consente di rilevare quanto larga continui ad essere l’influenza esercitata dalla costituzionalistica tedesca su quella italiana anche in questo tornante tra due secoli. Nel saggio di Paolo Ridola dedicato a *Gli studi di diritto costituzionale*, l’autore attinge dalle opere di Häberle gli elementi connotativi della stessa nozione di pluralismo, i sintagmi *Verfassung des Pluralismus* (p. 1283 e nt. 105) e *gemeineuropäische Verfassungsrecht* (p. 1290 e nt. 128) ⁽²¹⁾, il ruolo assegnato alle “costituzioni del pluralismo” ⁽²²⁾ e all’interpretazione costituzionale ⁽²³⁾, il metodo stesso,

⁽²⁰⁾ Id., *Diritto amministrativo*, in A. FALZEA (ed.), *Cinquant’anni di esperienza giuridica italiana*, Messina 1982, p. 375.

⁽²¹⁾ Nonché la periodizzazione del 1989 per l’universalizzazione del patrimonio dei principi dello Stato costituzionale (P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), p. 1285 e nt. 112).

⁽²²⁾ Di “alleggerimento della conflittualità politico-sociale scaricata sul processo politico” *ibid.*, p. 1271 e nt. 66) e, dinanzi all’“imporsi prepotente degli antagonismi sociali e del weberiano ‘politeismo dei valori’”, di assumere “il ‘compito’ ineludibile di sostenere la garanzia del pluralismo e di ‘produrre’ l’unificazione e l’integrazione del tessuto sociale”, di produrre cioè inclusione (*ibid.*, p. 1283 e nt. 106).

⁽²³⁾ Di produrre inclusione, di “risalire alle componenti storico-politiche del compromesso costituente e ricercare ‘limiti di tollerabilità’, o forse meglio una ‘concordanza pratica’ nel pluralismo di valori confluiti nel testo costituzionale attraverso

l'“approccio *kulturwissenschaftlich* allo studio del diritto costituzionale” (24), lo studio critico cioè “comparato e storico delle costituzioni sensibile ai contesti culturali” (p. 1259 e nt. 21), la prospettiva per la rilettura della costituzionalistica weimeriana (p. 1282 s.) e la tematizzazione dell'inserimento della costituzione nel quadro statico preconstituito dal concetto di fonti del diritto (25).

Nelle pagine di Ridola le nozioni “costituzioni del pluralismo” e “diritto costituzionale comune europeo” contribuiscono anche alla periodizzazione dell'ultimo cinquantennio della costituzionalistica, i cui tempi storici risultano sempre dettati dall'esterno di essa: le fasi della storia della costituzionalistica appaiono scandite nel saggio di Ridola dalle vicende della storia politica. Ciò non significa naturalmente che nella storia del discorso costituzionalistico ripercorso da Ridola non incontriamo vischiosità, ritardi ed anticipazioni, che provocano sfasature tra eventi politico-costituzionali e riflessione scientifica e che confermano la possibile relativa autonomia degli svolgimenti disciplinari dai contesti politico-culturali; né significa ovviamente omologazione dell'interpretazione costituzionale: differenti restano le maniere in cui l'interpretazione costituzionale risponde alle questioni politico-costituzionali, differenti i valori ideali, differente la forza conoscitiva e propulsiva delle risposte singole e collettive alla soluzione dei problemi emersi nelle varie fasi. Ma significa soltanto per Ridola ricordare l'ammonimento di Mario Galizia che “la consapevolezza della ‘situazione storica in cui opera’ condiziona il costituzionalista ‘più di qualsiasi altro ricercatore nel campo delle scienze sociali’” (p. 1259). Pare significare per Ridola che gli itinerari testuali della costituzionalistica sono costretti a seguire la traccia segnata dalle vicende politico-costituzionali più di qualsiasi altra disciplina giuridica, anche perché quelle vicende concorrono continuamente a riformulare le domande ed i problemi della scienza del diritto costituzionale.

Suggestivo è l'attacco del saggio di Ridola. Proprio sul limitare del cinquantennio, l'autore sorprende la giuspubblicistica italiana intenta ad interrogare dalle pagine della “Trimestrale” del 1953 le sue origini disciplinari e riandare ai temi teorici della fondazione disciplinare orlandiana — il metodo giuridico, il sistema, il rapporto “fra diritto e realtà sociale, stato e costituzione, diritto costituzionale e politica” (p. 1254), il significato dello storicismo e del realismo orlandiani — per cercare risposte idonee ad indicare gli itinerari su cui incamminarsi ed

l'apertura dell'interpretazione alle ‘possibilità’ dischiuse dal loro contemperamento” (*ibid.*, pp. 1278 s. e nt. 91, 1285 e nt. 113).

(24) Per “preservarne una dimensione ‘critica’, in primo luogo la comprensione dello spessore storico e della complessità sociale degli istituti e dei problemi di questa disciplina” (*ibid.*, p. 1290 e nt. 129).

(25) La critica cioè “della staticità intrinseca alla *Rechtsquellenlehre*” (*ibid.*, p. 1272 nt. 68).

affrontare le questioni dell'innovazione costituzionale. Ma né la separatezza del metodo giuridico né lo "storicismo conservatore" orlandiani potevano, ad avviso di Ridola, offrirne.

"All'inizio degli anni Cinquanta, la dottrina costituzionalistica italiana appariva attraversata da profonde incertezze" (p. 1260). Nella fase "di transizione radicale" apertasi in Italia dopo la caduta del fascismo, il condizionamento storico-politico subito dalla costituzionalistica risultava particolarmente intenso (p. 1259) e forti erano le tensioni teoriche e metodiche, all'interno delle quali la dottrina prevalente si concentrò sul tema "della giuridicità della costituzione materiale", trascurando invece la questione, posta da Mortati, del nesso tra "normatività della costituzione" ed "effettività della volontà politica" come fonte di ordine della vita della comunità (p. 1264). Si succedevano, intanto, i commenti alla costituzione, Crisafulli ritornava sui principi generali e rifletteva sul significato della prescrittività di quelli costituzionali, Galizia indagava il tema della scienza giuridica, Martines quello delle forze politiche, Pierandrei le peculiarità dell'interpretazione costituzionale, Esposito la questione della consuetudine costituzionale (p. 1265 s.).

L'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956 segnò non soltanto l'appropriazione da parte dei costituzionalisti dei temi della giustizia e del processo costituzionali, ma "un complessivo mutamento dello statuto metodologico del diritto costituzionale, che verrà progressivamente assumendo i connotati di un 'diritto giurisprudenziale'" (p. 1269). La fondazione quell'anno della "Giurisprudenza costituzionale" vide Crisafulli, Giannini, Mortati e Vassalli accomunati da "un programma di rinnovamento profondo degli studi" e dalla fiducia "negli effetti della giurisprudenza della Corte sul potenziamento della prescrittività delle norme costituzionali" (p. 1270). E fu appunto Crisafulli, come abbiamo detto, ad avviare lo studio delle norme costituzionali nel quadro delle fonti normative, riprendendo il filo di sue più antiche riflessioni ed aggiornandole "in un serrato confronto con il normativismo kelseniano" (p. 1272).

A partire dagli anni Settanta, con l'impegno delle forze politiche "all'attuazione della costituzione", il varo dell'ordinamento regionale e le larghe intese parlamentari, anche negli studi appaiono segni di rinnovamento, dalla "ripresa del dibattito sul metodo" — sulla "politicalità" dell'interpretazione costituzionale — allo "sviluppo della ricerca storiografica dell'assemblea costituente", alle indagini sulla portata del principio autonomistico, agli studi sulla forma di governo — ed al contributo, a questo riguardo, di Leopoldo Elia sul ruolo del sistema dei partiti e del "tipo di pluralismo" nella classificazione delle forme di governo —, alle numerose traduzioni dei classici della dottrina costituzionale weimariana, riletti per pensare la questione "del rapporto tra conflitto e consenso nelle 'costituzioni del pluralismo'" (pp. 1275-1284).

Nell'ultimo decennio, la crisi dei partiti, la riforma elettorale, l'incrinarsi del ruolo di "mediazione" della legge parlamentare, il prevalere del profilo conflittuale di "un pluralismo fondato su 'alternative' intrinsecamente esclusive, piuttosto che sull'inclusione e sulla 'possibilità'", il ruolo non solo "di garanzia ma altresì di assorbimento e di selezione delle istanze del pluralismo" addossato alla giustizia costituzionale "attraverso le operazioni di bilanciamento", hanno avuto "ripercussioni rilevanti sulle tendenze degli studi costituzionalistici" (p. 1285 s.). Ne è seguita, anzitutto, una discussione sulle "virtualità" e i "rischi dell'apertura dell'interpretazione costituzionale al pluralismo": da una parte, sui rischi "del soggettivismo e dell'arbitrarietà, insiti in operazioni di bilanciamento" e di "trasformazione dello stato di diritto (costituzionale) in 'uno stato di giustizia'" (p. 1287); dall'altra, sulle virtualità nella democrazia pluralista della rinuncia al carattere assoluto dei valori e dei principi costituzionali con l'adozione di una "dogmatica fluida", dell'idea della "mitezza" del diritto, di "una visione 'aperta' della costituzione e della sua interpretazione" (p. 1287 s. e nt. 120). I costituzionalisti sembrano, invece, essersi "ritratti" dai temi della forma di governo lasciando il campo agli scienziati della politica: la rapidità, la contraddittorietà, la "costante provvisorietà" della prassi costituzionale ne rendevano "difficile la ricostruzione sistematica" (p. 1289); mentre è proseguito il corso del diritto giurisprudenziale, che non si sottrae però al rischio dell'appiattimento sull'esegesi della giurisprudenza costituzionale nazionale ed ora anche delle Corti europee. Il saggio si chiude con una dissolvenza sulle nuove sfide lanciate al costituzionalista dall'attuale diritto costituzionale europeo, che pare evolvere verso un *multilevel constitutionalism*, "dando vita ad una *koiné* costituzionale" fatta di una pluralità di secolari esperienze storiche nazionali (p. 1290 s.).

A riandare le vie della giurisprudenza costituzionale del cinquantennio è Augusto Cerri, che le conosce perfettamente per averle già percorse in saggi, voci enciclopediche ed interi corsi. Se possiamo, dunque, scontare la precisione con cui quegli itinerari sono descritti, meno ovvio è l'incontro nelle pagine del giurista Cerri di una piena consapevolezza storiografica, espressamente e ripetutamente professata, della complessità della vicenda storica descritta e la puntuale tematizzazione di ogni semplificazione e schematizzazione che il racconto renda via via necessarie. Ne consegue una narrazione in cui la vicenda delle pronunce della Corte è indagata non solo nella sua natura giurisdizionale, nei suoi contenuti tematici, nelle sue tecniche e nel suo linguaggio, nelle sue formule decisionali, nelle sue operazioni interpretative, nel suo stile argomentativo, nel suo *stilus iudicandi*, insomma, ma, almeno per cenni, almeno per rapide aperture di prospettive tematiche, nell'aggrovigliatissimo intreccio dei suoi rapporti con la storia generale del paese, l'opinione pubblica, la cultura generale e la cultura giuridica complessiva, il sistema politico, il parlamento, il

governo, le magistrature ordinarie inferiori e superiori, le giurisdizioni speciali, i precedenti giurisprudenziali della Corte suprema americana, del *Bundesverfassungsgericht*, della Corte austriaca e della Corte europea. Dunque “una breve storia” (p. 1325) sì, ma esauriente nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale e densa di spunti in ogni direzione della storia del paese nell’ultimo cinquantennio, e che non si sottrae nelle conclusioni neppure a impegnative scelte di politica del diritto.

Il prevalere del progetto Leone ⁽²⁶⁾ su quello contrario di Calamandrei, “la lunga gestazione della Corte” — i cinque anni necessari a completare la normativa per la sua entrata in funzione e gli ulteriori tre occupati “nell’elezione dei giudici di estrazione parlamentare” ⁽²⁷⁾ —, il controllo di costituzionalità esercitato nel frattempo dai giudici comuni secondo la VII disposizione transitoria, risultato “evanescente” a causa della “fatale” distinzione fra norme programmatiche e norme precettive (p. 1330), sono gli eventi che precedono nel racconto di Cerri l’entrata in funzione della Corte nel 1956.

La riproposizione fino al 1960 ad opera dell’Avvocatura di Stato della eccezione sull’insindacabilità delle norme anteriori alla Costituzione, rigettata sin dalla prima sentenza, e la stessa approvazione della legge costituzionale n. 2/1967, che escludeva la *prorogatio* del giudice costituzionale “fino alla nomina del giudice destinato a sostituirlo”, rivelano i timori nutriti non solo dal governo ma da una “parte consistente del mondo politico” nei confronti del nuovo organo, e si accompagnano alla diffidenza delle più elevate magistrature, aggravata dalla rapida nascita dell’inusitato strumentario decisionale della Corte — delle “sentenze interpretative di rigetto” e di “accoglimento” e poi delle sentenze “parziali”, “additive” e “sostitutive” —, dall’invenzione del “formulario” delle decisioni “manipolative”, novità accolte invece con favore dalle magistrature inferiori e dalla dottrina (pp. 1332-1334).

“La Corte, fra tanti contrasti e con appoggi significativi (da un punto di vista culturale e civile) ma non ‘pesantissimi’, iniziava la sua opera di ‘bonifica’ della legislazione in vigore, con passo misurato e prudente; colpendo le norme che erano ‘a monte’ rispetto alla linea calda di confronto e di scontro tra forze politiche” (p. 1335 s.), affermando garanzie processuali e libertà civili, preparando “la cultura per la riforma del codice di procedura penale”, rendendo utilizzabile il

⁽²⁶⁾ Che sosteneva la natura giurisdizionale della Corte e il controllo accentrato di costituzionalità (A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, *ibid.*, p. 1326 s.).

⁽²⁷⁾ “Resa interminabile anche per il veto opposto dal partito di maggioranza al nome proposto dal maggiore partito di opposizione e per l’affiorare di tendenze addirittura contrarie alla maggioranza qualificata ai fini dell’elezione dei giudici costituzionali, trattandosi di requisito previsto da una legge ordinaria e non costituzionale, o favorevoli all’introduzione di una proposta vincolante del Ministro per la componente di nomina ‘presidenziale’” (*ibid.*, p. 1328).

codice penale Rocco, ponendo i concetti cardine del sistema regionale: un'opera di "grande supplenza" che anche il legislatore comincia a guardare "con crescente favore" (p. 1338 s.).

Verso la fine degli anni Sessanta, con l'esplosione della "contestazione giudiziaria" dei giudici di merito nei confronti delle scelte interpretative delle magistrature superiori, anche queste si aprono finalmente alla Corte e si delinea un'intesa — un novello informale "concordato giurisprudenziale", potremmo dire, sul riparto delle giurisdizioni, riandando alle formule usate per il vecchio accordo sancito nel '30 tra D'Amelio e Romano, tra il giudice civile e l'amministrativo. Rimozione "di qualsiasi ostacolo all'incidente di costituzionalità" e rispetto anche delle decisioni manipolative della Corte da un lato, osservanza da parte della Corte, dall'altro, del c.d. "diritto vivente", riconoscimento alle altre magistrature del compito di determinare i limiti della "retroattività" delle sentenze di accoglimento e rinuncia alle decisioni manipolative in materia penale, risultano i termini dell'intesa (p. 1341 s.).

La Corte "ora opera sempre più in sintonia completa con l'intero corpo giudiziario", mentre si intravedono incrinature nei rapporti con il potere politico. Il parlamento si mostra sensibile ai "moniti" della Corte ma poi non riesce a "tenere davvero il passo" di tante indicazioni, che confliggono anche con la formazione dell'"agenda" del potere politico (p. 1346). La Corte, intanto, ripensa le strutture dei suoi processi, inizia ad elaborare una "dottrina" dell'argomentazione costituzionale, che privilegia lo stile di tipo casistico, ed afferma solennemente i "principi supremi del sistema costituzionale" quali "un valore privilegiato" nell'interpretazione ed un "limite ad osmosi con altri ordinamenti". Verso la fine degli anni Settanta si affermano il "sindacato di ragionevolezza come distinto dalla pura interpretazione" ed un impiego sempre più largo di "concetti di stretta derivazione processualistica", in cui sembra di poter leggere l'intento di "un'autodefinizione della Corte in termini giurisdizionali" (p. 1349 ss.).

Nel decennio successivo, la Corte progressivamente elimina le possibili "zone di frizione" con il potere politico, rappresentate dai tradizionali "moniti" ⁽²⁸⁾, mentre arricchisce ulteriormente le formule decisionali introducendo le "sentenze di accoglimento 'datate'" ⁽²⁹⁾, le

⁽²⁸⁾ Mentre diventa "più complesso e più articolato" il rapporto con le altre giurisdizioni, dato l'affermarsi dell'orientamento della Corte che la questione di costituzionalità possa essere sollevata a condizione che esprima "non più un dubbio ma un 'positivo convincimento' dell'incostituzionalità della norma impugnata"; dato l'imporsi, dunque, dell'idea di ritenere inammissibile la questione di costituzionalità ove il giudice non abbia adempiuto l'obbligo di "interpretare la legge, fino ai limiti del possibile, in senso conforme a costituzione", seppure in contrasto con lo stesso "diritto vivente" (*ibid.*, p. 1356).

⁽²⁹⁾ Strumento decisionale poi emarginato, perché la datazione degli effetti della

“sentenze additive di principio” e “di meccanismo” ⁽³⁰⁾, sviluppa la tematica del “bilanciamento tra valori o principi costituzionali” (p. 1357), “afferma il carattere ‘aperto’ della categoria dei diritti inviolabili”, giunge a valorizzare “una *policy* ‘costituzionale’, accanto alle *politics* di maggioranza” (p. 1359).

Una *policy* che, nelle conclusioni espressamente politico-giuridiche di Cerri, deve annoverare tra le “precondizioni della democrazia” non solo “quelle che attengono al principio di eguaglianza ed all’esercizio delle libertà civili”, ma anche alle “condizioni economico-sociali minime di una democrazia compiuta”, alle “condizioni essenziali di vita, di sussistenza delle minoranze” (p. 1361); una *policy* che deve risolvere, assieme ai problemi epocali “di una maggiore democrazia e libertà”, quelli “dell’emarginazione”.

Il passaggio da una “democrazia consociativa” ad una dell’alternanza “palesa la consapevolezza storica dell’avvenuto conseguimento delle precondizioni economico-sociali di una democrazia funzionante” ed impone anche il ripensamento del “valore di costituzione” e del ruolo della Corte ⁽³¹⁾. Ed è sul “terreno dell’argomentazione e dunque della ragionevolezza” che si esprime il ruolo della Corte di garante dell’intero ordine costituzionale. Un’identità questa, posta da Cerri, tra “terreno dell’argomentazione” e della ragionevolezza, in cui sembra ancora ben viva l’eco delle pagine dettate da Bobbio nella *Prefazione al Trattato dell’argomentazione* di Perelman ed Olbrechts-Tyteca ⁽³²⁾. Ci pare che la Corte sia, per Cerri, giudice della ragionevolezza e delle buone ragioni, in quanto è *bouche de l’argumentation*, in quanto è giudice, tecnico, controllore specialista dell’argomentazione, del discorso persuasivo, delle forme della logica non dimostrativa, delle strategie argomentative applicate a garantire l’ordine costituzionale.

Dopo la giurisprudenza rimaneva da narrare la successione de *I manuali di diritto costituzionale* nell’arco del cinquantennio ed è Francesco Rimoli a farlo, ricordandoci, anzitutto, che gli echi dei vecchi motivi orlandiani — l’autonomia, “la neutralità tecnica sul piano politico” e la “relativa indipendenza dal diritto positivo” della scienza giurispubblicistica — erano ancora avvertibili nella letteratura manuali-

declaratoria di incostituzionalità viene a collidere con il diritto di agire in giudizio (*ibid.*, pp. 1351 ss.)

⁽³⁰⁾ Quando “si riserva al legislatore la relativa attuazione” (*ibid.*, pp. 1353 ss.).

⁽³¹⁾ Che deve garantire “la ragionevolezza delle leggi (che può difettare per innumerevoli motivi), [...] l’ordinato rapporto fra poteri, le minoranze rispetto alle maggioranze, i settori emarginati rispetto all’intera società ‘attiva’, secondo un ruolo, del resto, che è proprio delle Corti di tutto il mondo” (*ibid.*, p. 1362).

⁽³²⁾ C. PERELMAN-L.OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, Torino 1976, pp. XI-XIX.

stica degli anni Cinquanta ⁽³³⁾. Rimoli li rievoca per darne un giudizio storico recisamente negativo, data “l’assoluta illusorietà delle vetuste concezioni orlandiane, già invero irte di contraddizioni fin dal loro apparire” ⁽³⁴⁾.

Ora, a noi pare troppo perentoria la valutazione del Rimoli, perché la proposta orlandiana di un ‘metodo giuridico’ — inteso come elemento costitutivo del paradigma scientifico di una scienza del diritto pubblico distinta dalle altre scienze sociali — aveva dalla sua, a nostro avviso, buone ragioni storiche, scientifiche e sociologiche quando fu formulata nella prolusione palermitana del 1889. La “svolta” pandettistica orlandiana, o più precisamente la strategia argomentativa pandettistica orlandiana, rispondeva, in primo luogo, alla necessità di creare un’identità disciplinare giuspubblicistica, di formulare lo statuto scientifico di un moderno specialismo disciplinare negli studi di diritto pubblico, di elaborare un sapere formalizzato, corrispondente alla divisione del lavoro scientifico e al processo di frammentazione, autonomizzazione e formalizzazione delle scienze moderne. Ma la formalizzazione della scienza giuridica rispondeva anche alla formalizzazione giuridica dello Stato liberale di diritto: il formalismo del sapere era in funzione del formalismo dell’organizzazione e dell’attività degli apparati dello Stato-persona giuridica. Forma dello Stato liberale di diritto e forma dello specialismo disciplinare giuspubblicistico si saldavano nel garantire la libertà liberale, l’eguale libertà di tutti nella legge. Rispondeva, poi, ad una precisa esigenza politica nazionale, al proposito di creare una “scuola giuridica nazionale” capace di formare nelle Università la coscienza statale unitaria delle classi dirigenti nazionali, che avevano evitato di organizzarsi in partito moderno, identificavano nello “Stato, inteso come amministrazione, [...] l’unica [loro] forma di organizzazione” nazionale ⁽³⁵⁾ e, uscendo dalle Università, andavano a costituire le nuove amministrazioni, il nuovo “apparato del governo” dello Stato liberale, diventavano *la persona reale dello Stato*, come scriveva nella prolusione padovana del 1919 Donato Donati ⁽³⁶⁾. Ed, infine, rispondeva — con l’accoglimento della lezione savigniana riguardo al dualismo tra diritto e legge, tra legge e sistema — ad uno scopo sociologico, cetuale, a riproporre e teorizzare a fine secolo, in un paese a diritto codificato come l’Italia, il vecchio progetto del *Beruf* savigniano, che aveva legato assieme centralità, autonomia e prevalenza della dottrina universitaria sulla legislazione e sulla pratica giudiziale,

⁽³³⁾ F. RIMOLI, *I manuali di diritto costituzionale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), p. 1411.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 1410.

⁽³⁵⁾ P. FARNETI, *Sistema politico e società civile. Saggi di teoria e ricerca politica*, Torino 1971, p. 164.

⁽³⁶⁾ D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, Milano 1921 [estr. dalla “Rivista di diritto pubblico”], in ID., *Scritti di diritto pubblico*, II, Padova 1966, p. 238.

adozione del metodo logico-giuridico e costruzione del sistema degli istituti e dei principi giuridici ⁽³⁷⁾. L'affermazione e poi la permanente prevalenza all'interno della dottrina giuspubblicistica della proposta orlandiana sino alla metà del Novecento ne proveranno la complessità, l'intima coerenza e la forza culturale.

Tornando alla storia dei manuali del cinquantennio, ci pare che Rimoli privilegi nell'analisi dei contenuti e nella periodizzazione della letteratura didattica la prospettiva della manualistica "come riflesso" ⁽³⁸⁾: riflesso degli eventi politici e costituzionali, dall'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 all'inizio dell'attività della Corte nel 1956, alle "trasformazioni sociali" della fine degli anni Sessanta; riflesso delle trasformazioni dell'Università, dall'avvento dell'Università di massa alla recente riforma degli ordinamenti didattici; e riflesso degli sviluppi dogmatici della costituzionalistica nel cinquantennio. Angoli visuali, questi, naturalmente ineludibili in uno studio della manualistica e tutti bene indagati da Rimoli, ma con la conseguenza di non concedere altrettanto spazio ed attenzione proprio al rapporto tra il singolo manuale e la tradizione letteraria manualistica, all'eventuale scarto tematico ed espressivo tra la scrittura didattica di un autore e il genere letterario manualistico.

Anche se, riguardo ad alcuni testi, non manca nel saggio del Rimoli la considerazione di questo profilo interno. Basti pensare, ad esempio, proprio alla divaricazione messa in evidenza dall'autore tra manuali come il *Diritto costituzionale* di Temistocle Martines, apparso in prima edizione nel 1978, libro "nato dalla scuola e per la scuola" ⁽³⁹⁾, esemplare strumento didattico uscito negli anni dell'affermazione della nuova Università di massa, e le ambizioni di testi precedenti — quali, per ricordarne alcuni notissimi, le *Istituzioni di diritto pubblico* (1952) e le *Lezioni sulle forme di governo* (1973) di Costantino Mortati, o il *Diritto costituzionale (lo Stato democratico moderno)* (1949) di Paolo Biscaretti di Ruffia — che al fine didattico universitario univano non solo il tentativo "di sistemazione teoretica della materia", ma anche una funzione culturale più generale, "di formazione, educazione e diffusione dei nuovi principi" costituzionali ⁽⁴⁰⁾, rivolta ad un pubblico ben più ampio di cittadini rispetto ai lettori universitari. Ed al rapporto tra i singoli testi, all'interno della tradizione letteraria manualistica, Rimoli

⁽³⁷⁾ Sul significato della proposta orlandiana, ci sia consentito rinviare ai nostri lavori: G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1980; ID., *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali Amministrazione e Costituzione*, Milano 1998, pp. 734-786.

⁽³⁸⁾ Come l'autore intitola il primo paragrafo del *Sommario*, cfr. F. RIMOLI, *I manuali cit.*, p. 1409.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 1429.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, pp. 1414-1417, 1427 ss.

dedica anche le pagine ove tratta dell'influenza esercitata sul genere letterario *Fonti del diritto* — coltivato in questi ultimi decenni da autori come Paladin, Sorrentino, Modugno e Zagrebelsky — dalle *Lezioni di diritto costituzionale* di Vezio Crisafulli del 1962, con l'impostazione, di ispirazione kelseniana, del rapporto tra sistema delle fonti e ruolo del giudice costituzionale (p. 1424 s. e nt. 24); un indirizzo normativistico, cui si affiancherebbe “lungo tutto l'arco del secolo ventesimo”, nella scienza e nella manualistica, una composita declinazione letteraria “sociologica e politica del costituzionalismo”, che da Duguit ad Hau-riou, all'istituzionalismo di Romano, all'*Integrationslehre* di Smend giungerebbe alle riflessioni di Mortati sui rapporti tra Stato-apparato e Stato-comunità (p. 1412 s.).

Tornando all'inizio del cinquantennio, i primi testi che incontriamo nelle pagine del Rimoli uniscono “ad una prima parte dedicata alle teorie generali sulle forme di stato e di governo una seconda che si volge alla lettura sistematica e ordinata della nuova costituzione”, dalle *Lezioni di diritto costituzionale* (1948) di Gaspare Ambrosini al *Diritto costituzionale (secondo la nuova Costituzione)* (1949) di Giorgio Balladore Pallieri, all'ottava edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* (1948) di Marco Tullio Zanzucchi, mentre una particolareggiata analisi delle fasi della transizione dall'ordinamento statutario a quello repubblicano e della legittimazione di quest'ultimo svolge nella decima edizione del suo manuale di *Diritto costituzionale* (1955) Ferruccio Pergolesi.

L'avvio dell'attività della Corte nel 1956 si riflette ovviamente anche nelle opere didattiche e consente nelle *Lezioni* di Crisafulli, come già ricordato, quella riformulazione complessiva, di intonazione normativistica, del sistema delle fonti del diritto che influenzerà la manualistica successiva. Ma sono poi le “trasformazioni sociali” e culturali della fine degli anni Sessanta, che aprono alla “interdisciplinarietà” la scienza giuridica e sollecitano una rinnovata riflessione “sul ruolo del giurista e della sua conoscenza a livello epistemologico”, a provocare nella letteratura didattica un palese “disorientamento, sia sul piano metodologico sia su quello (più prosaicamente) editoriale”, ed a preparare quel rinnovamento dei manuali che si realizza con l'avvento negli anni Settanta dell'Università di massa, anche se le risposte degli autori alla nuova domanda didattica sono diverse (pp. 1427 ss.).

Vi è anzitutto l'offerta di testi “più maneggevoli, di impatto efficace”, che adottano “appunto ‘uno stile discorsivo, non paludato’, colloquiale per quanto possibile”, in grado di agevolare “la rapidità di apprendimento e l'acquisizione di conoscenze destinate a mutare, almeno sul piano del diritto positivo, con sempre maggiore celerità” (p. 1430), un indirizzo di cui il *Diritto costituzionale* di Temistocle Martines risulta il libro più fortunato. Ma si afferma anche l'offerta di opere collettanee, a partire dal *Manuale di diritto pubblico* (1984) di Giuliano

Amato e Augusto Barbera, ispirato all'idea di fornire tramite "la pluralità delle voci" un "livello specialistico omogeneo" e un panorama delle "tendenze dottrinali presenti nell'area pubblicistica" (p. 1430 s.). Ed, infine, escono opere tematiche, che svolgono "parti speciali" della materia costituzionale, dai corsi di giustizia costituzionale a quelli di diritto parlamentare, di diritto regionale, dei diritti di libertà (p. 1432 s.).

Si assiste, dunque, ad una frammentazione e divaricazione di orientamenti didattici, che rivela anche il sentimento di disagio dei costituzionalisti dinanzi alla caotica produzione normativa, alle difficoltà definitorie e sistematiche che il diritto comunitario crea sia nella teoria della sovranità che nello studio della gerarchia delle fonti normative interne, dinanzi, infine, alla "sempre più diffusa delegittimazione della Carta del 1948 che i numerosi — e infelici — tentativi di riforma finiscono col produrre" (p. 1434 s.). In questa situazione, il rischio per l'opera didattica è quello dell'appiattimento "su una semplice ricognizione (peraltro sempre più complessa e faticosa) del diritto vigente" (p. 1435). Un rischio accresciuto, ad avviso del Rimoli, dalla recente riforma degli ordinamenti didattici che, con la collocazione dei corsi di Diritto costituzionale e di Diritto pubblico nel triennio, sembra comportare "una definitiva separazione tra il livello didattico e quello scientifico", tra comunicazione delle nozioni e trasmissione di un sapere problematico, mentre la didattica universitaria non può rinunciare, pena "la dequalificazione dell'intero sistema" dell'istruzione superiore, al "compito di alta formazione", ad "essere anzitutto scuola di metodo, misura dei problemi, di teoria generale come di contingenza politico-istituzionale" (pp. 1435-1439).

Per continuare il nostro itinerario attraverso il diritto pubblico del cinquantennio, lasciamo la costituzionalistica e passiamo all'analisi dell'amministrativistica attraverso il saggio dedicato da Luisa Torchia a *La scienza del diritto amministrativo* ⁽⁴¹⁾.

Nel saggio della Torchia l'angolo visuale si concentra sull'opera degli studiosi, più precisamente sull'immagine che quegli studiosi hanno, che "la scienza del diritto amministrativo ha di sé", sull'ideologia amministrativistica, potremmo dire ripetendo le vecchie parole marxiane. Ed è un'ottica difficile, non solo perché "la scienza del diritto amministrativo non riflette frequentemente su se stessa", perché dunque "i bilanci scientifici sono rari" (p. 1105), ma anche perché l'autrice introduce una differenza tra i "bilanci scientifici" e "le analisi e i bilanci storici", che invero poi non distingue che per la diversità degli autori dei bilanci, giuristi positivi i primi, storici i secondi; mentre quei bilanci, che pur rappresentano un'opera di autocomprensione per i primi, ed un'usuale prestazione professionale per i secondi, risultano per en-

(41) L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, *ibid.*, pp. 1105-1132.

trambi riflessione critica e diacronica, dunque necessariamente storica, utilizzante modelli teorici e criteri metodici storici, tenuta quindi ad attingere direttamente alle fonti e ad interpretarle inserendole nel loro contesto storico, perché ricevano e diano significato alla ricostruzione complessiva. E non a caso la Torchia, per verificare se “l’immagine che la scienza del diritto amministrativo ha di sé” è “reale o distorta”, intende confrontarla “con i metodi adottati, le problematiche affrontate, i risultati ottenuti” (risultati di conoscenza, cioè le acquisizioni concettuali, dogmatiche raggiunte), vale a dire — osserviamo noi — con le chiavi interpretative che Giannini già utilizzava nel 1939 per tracciare i suoi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (42): “un bilancio scientifico”, certo, l’immagine che una parte della scienza del diritto amministrativo aveva di sé nel 1939, l’“ideologia” cioè della giovane e più innovativa amministrativistica italiana di allora, ma anche una riflessione critica che a tutte lettere ed a ragione si autodefiniva storica.

Ora, questa scelta della Torchia di presentare un bilancio dell’amministrativistica del cinquantennio definito scientifico e non espressamente storico, pur essendolo necessariamente, implica una conseguenza sul piano dei risultati ricostruttivi perseguiti: consente un’operazione di forte astrazione concettuale, di robusta ed ardita modellizzazione nella ricostruzione storica con l’introduzione di una tripartizione periodizzante efficace e suggestiva (“la fase di scomposizione” sino agli anni Settanta, “la fase di ricognizione” per i venti anni successivi e “la fase di revisione” nell’ultimo scorcio del secolo), ma anche necessariamente e consapevolmente (cfr. p. 1108) semplificante la complessità storica del cinquantennio, mentre ormai siamo tutti avvertiti dal motto nietzscheano che definibile è solo quello che non ha storia — anche se non possiamo fare a meno di astrazioni e tipologie, purché non si dimentichi che sono semplici concetti di comodo.

L’autrice chiama “fase di scomposizione” quei decenni tra la fine degli anni Quaranta e l’inizio dei Settanta, in cui nell’amministrativistica predomina per Giannini “l’indirizzo realistico” (43), la rilettura di “singoli istituti” e la disamina di “nuovi territori”, il mutamento della figura del giuspubblicista con l’affermarsi di una collettività statale repubblicana pluralista, il superamento del giurista politicamente neutro a favore di quello politicamente orientato per potere “interpretare il mondo reale nelle sue conflittualità e contraddizioni”. La Torchia riporta questa complessità di vicende dottrinali nell’ambito di un concetto più generale ed esteso, quello appunto di “scomposizione”, che dalla fenomenologia della giuspubblicistica di quegli anni astrae un

(42) M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in “Studi sassaresi”, XVIII (1939), pp. 133-219; per le nozioni di dogmatica, tecnica, problematica e metodo cfr. *ibid.*, pp. 200-219.

(43) *Id.*, *Diritto amministrativo* cit., p. 373.

elemento strutturale, la pluralizzazione, la frammentazione dei concetti, la scomposizione delle categorie, appunto, che, da “monolitiche che erano”, diventano multiformi, poliedriche, “prismatiche”, come riflesso del pluralismo economico, sociale e giuridico della collettività statale repubblicana. Ed ecco allora che “l’interesse pubblico cede il passo ad interessi eterogenei e fra loro conflittuali”, l’ente pubblico agli enti pubblici ed ai loro indici di riconoscibilità, la funzione amministrativa alle funzioni amministrative, l’atto amministrativo al provvedimento amministrativo e ai diversi procedimenti che conducono ai differenti provvedimenti, il servizio pubblico alla pluralità dei servizi pubblici con “varie combinazioni del regime del soggetto e del regime dell’attività”. La “monoliticità” dei concetti si perde insieme alla “naturalità” degli istituti ed emerge la storicità degli uni e degli altri.

L’insegnamento di Orestano, che la Torchia ricorda a questo proposito, sull’unicità della scienza giuridica, sulla necessità di riportare “la storia nella scienza e la scienza nella storia, e di provare il metodo giuridico, arricchito della consapevolezza storica, su nuovi problemi e nuove questioni” (p. 1110), sulla critica alle ipostatizzazioni concettuali, aggiungiamo noi, segna certamente uno dei punti di più feconda tematizzazione, ad opera dei giuristi italiani di quella generazione, del rapporto tra metodo giuridico e storia. Ed il problema di quel rapporto — l’inesistenza, per definizione, di un’unica, definitiva risposta ed i diversi tentativi di soluzione che la scienza giuridica ne ha di volta in volta dato, poiché mutano di continuo entrambi i termini del problema — pare costituire la cifra anche per interpretare la vicenda dell’amministrativistica italiana nelle tre fasi che la Torchia le fa attraversare in questo cinquantennio.

In quella prima fase di “scomposizione” tra il ’50 e il ’70, la “conservazione di una salda impostazione pandettistica”⁽⁴⁴⁾ ed insieme l’apertura alla storia ed alla sociologia proposte da Giannini non possono rappresentare però, a nostro avviso, una soluzione soddisfacente per un indirizzo che proprio con Giannini si definisce “realistico” e mira al riesame degli istituti e alla scoperta di nuovi territori. Sappiamo che il soggettivismo pandettistico, i concetti del soggetto individuale e del soggetto Stato e della signoria della loro volontà formano i principi teorici fondativi della dogmatica pandettistica e della nozione di sistema⁽⁴⁵⁾, ma se ne assicurano la forza conoscitiva dinanzi alla vecchia dicotomia tra potere pubblico statale e libertà privata, ne determinano anche l’inadeguatezza di fronte alla fenomenologia del pluralismo conflittuale ed alla corrispondente “scomposizione” degli istituti giuridici. Lo stesso Giannini, del resto, ricordando nella *Prefa-*

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 375.

⁽⁴⁵⁾ Ci sia consentito rinviare ancora a G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana* cit., pp. 734-827.

zione al *Diritto amministrativo* le sue *Lezioni* perugine del 1950, parlerà di “una cucitura con lo spago” degli “aspetti di sociologia e di dogmatica” (46). Negli anni '60 si consuma così definitivamente la crisi dell’“impostazione pandettistica”.

E l’amministrativistica si trova ad affrontare la fase successiva, della “ricognizione” secondo la modellistica della Torchia, senza più il vecchio paradigma scientifico e dinanzi ad un panorama non solo di “scomposizione” di istituti, ma anche di perdita di identità tra pubblico e statale e di scomparsa dei tradizionali connotati di “supremazia, specialità e separatezza” dell’amministrazione e del suo diritto. Era inevitabile che una parte dell’amministrativistica, dinanzi ad una crisi così radicale del paradigma scientifico ed alle novità legislative ed istituzionali, si rifugiasse nella mera descrizione esegetica della fenomenologia legislativa e giurisprudenziale, incoraggiata forse, a nostro parere, anche dai malintesi provocati dalle teorizzazioni e dalle pratiche esegetiche indotte proprio in quegli anni nella civilistica dalle riflessioni sulla decodificazione del diritto. Ma accanto alla “letteratura di racconti” di come è fatta una legge, di cosa c’è dentro una legge, la crisi del vecchio paradigma e l’innovazione legislativa e istituzionale hanno aperto e favorito anche un’opera “di rinnovamento delle tematiche e delle tecniche di indagine”, teorizzato, ricorda la Torchia, da studiosi come Cassese, in termini di sperimentazione di “un’analisi pluridimensionale, quasi circolare, delle istituzioni amministrative”, di una “prospettiva multipla”, di un confronto e di una “combinazione di vari punti di vista di un oggetto in una immagine unica”, di una tecnica di indagine “cubista”, insomma, come scriveva Cassese in *Cultura e politica del diritto amministrativo* descrivendo l’opera di Giannini (47) e riproponeva poi ne *L’amministrazione dello Stato* (48).

Si è così guardato all’esterno dell’ordinamento italiano ad esperienze come quelle anglosassoni, specie per lo sviluppo dei temi della deregolamentazione e della riduzione della sfera pubblica; e all’interno si è tematizzato la molteplicità dei modelli di organizzazione e di attività amministrativa e degli strumenti a disposizione dell’amministrazione. I risultati di conoscenza conseguiti in questa contrastata e contraddittoria fase ventennale di “ricognizione” hanno comunque portato al superamento della grande tradizionale dicotomia pubblico/privato — per privilegiare invece i “criteri di coesistenza e di embricazione” (p. 1122), di contaminazione fra i due —, dicotomia che fondava una sequenza, potremmo dire, di identità, di equivalenze costitutive della specialità e dell’autonomia del diritto amministrativo: dall’identità tra pubblico e statale all’identità tra il soggetto speciale pubblica amministrazione, in

(46) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1970, p. VI.

(47) S. CASSESE, *Cultura e politica* cit., p. 131 s.

(48) ID., *L’amministrazione dello Stato* cit., p. 3.

quanto preposto alla tutela dell'interesse pubblico, e specialità del diritto di cui esso si avvale come privilegio, come regime, come diritto dell'autorità.

Con queste nuove consapevolezze l'amministrativistica giunge all'ultimo decennio del Novecento e dà avvio ad una fase di "revisione" delle proprie categorie tuttora in pieno svolgimento. Dinanzi al processo di integrazione comunitaria, al fenomeno delle autorità indipendenti, alla liberalizzazione dei mercati e dei servizi, alla disciplina del procedimento amministrativo, alla revisione del processo amministrativo, ai nuovi "problemi posti dall'intreccio fra globale e locale", all'affermarsi dei principi di economicità ed efficienza accanto a quelli di legittimità dell'agire amministrativo, alla sovrapposizione, all'innesto e all'ibridazione tra diritto privato e diritto pubblico, al moto perpetuo legislativo, la dottrina reagisce analizzando le aree di più profonda trasformazione ed abbandonando il "ragionar per modelli" esclusivi a favore di quello per "principi generali" compatibili tra loro, frutto della maturata consapevolezza di "un diritto come sapere problematico", come ricerca guidata ormai "dalla logica della compatibilità, della probabilità, dell'adeguatezza". Sono cautele epistemologiche ormai acquisite, a nostro avviso, seppure faticosamente, dall'intera scienza giuridica italiana incalzata anche dalla svolta linguistica postmoderna, dall'affermazione del carattere storico ed aleatorio dei paradigmi culturali ed epistemologici, del loro carattere di "regimi di verità" od "universi di credenza", a cui dunque la cultura giuridica italiana — checché osservasse Merryman, richiamato anche dalla Torchia (p. 1123), in *The italian style* —, a partire dalla storiografia giuridica con la critica di Orestano al sostanzialismo linguistico e dalle ormai risalenti riflessioni ermeneutiche dei nostri giuristi sull'opera di Gadamer e di Esser, non giunge affatto impreparata e sorpresa.

Ne è una prova anche il saggio di Marco D'Alberti dedicato a *Gli studi di diritto amministrativo*, che assegna un ruolo centrale non solo critico ma anche ricostruttivo proprio alle opere di Riccardo Orestano⁽⁴⁹⁾, da una parte per il superamento del sostanzialismo linguistico delle vecchie sistematiche concettuali pandettistiche (p. 1310 s.), dall'altra per una rinnovata opera di "costruzione" e "ricostruzione concettuale" con il richiamo alla funzione essenziale della scienza giuridica tra le fonti del diritto, che Orestano accoglieva dalla nozione costitutivamente pluralistica di esperienza giuridica formulata da Giuseppe Capograssi (pp. 1313, 1323). Anche se rimane, invero, il rischio di un equivoco lessicale nella scelta di D'Alberti di riproporre tra le "prospettive auspicabili" per la dottrina amministrativistica di questo inizio di secolo

(49) Assieme ad Orestano, D'Alberti ricorda anche le critiche di Giannini al carattere ontologico e universale dei concetti in Zanobini (M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", LI (2001), p. 1309).

il lascito terminologico gianniniano di “realismo costruttivo”, di “metodo del realismo aperto alla costruzione concettuale”, perché il termine-concetto “realismo”⁽⁵⁰⁾ evoca sì per i giuristi, oltre alle teorie del realismo francese, il retaggio della scuola realistica americana, ma è anche indissolubilmente legato alla tradizione filosofica che ritiene l’oggetto della conoscenza come esistente in sé, esterno e indipendente dalla attività conoscitiva, mentre D’Alberti con Orestano intende superare proprio questa vecchia concezione “della ricerca obiettiva tanto cara allo ‘scientismo’ positivista” (p. 1323). Ma, se crediamo che il pensiero e il mondo siano linguaggio e la loro conoscenza interpretazione e che la scienza giuridica svolga un ruolo insostituibile nella “edificazione della giuridicità”, conviene allora compiere anche gli ultimi passi verso la “svolta linguistica” ed accordarsi a favore di una nuova definizione stipulativa, che potrebbe essere, ad esempio, ermeneutica costruttiva o metodo ermeneutico “aperto alla costruzione concettuale”.

Ma queste considerazioni riguardano solo le conclusioni di un saggio in cui D’Alberti svolge una complessa analisi contenutistica dell’intera vicenda degli studi amministrativistici del Novecento — disponendoli in uno schema espositivo limpido e lineare, quasi geometrico — per raggiungere risultati conoscitivi che ben si conciliano con quelli conseguiti nell’analisi strutturale svolta da Luisa Torchia. Il criterio euristico professato sin dal titolo del saggio, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, è quello del mutamento, della ineludibile dicotomia continuità/cesura come forma necessaria che il noto argomento retorico delle differenze di grado e di ordine (di quantità e di qualità) assume nel pensare storicamente le successioni del tempo che passa. D’Alberti lo applica ai “temi”, ai “metodi” — intesi come tecniche giuridiche — ed alle “concezioni generali del diritto” dell’amministrativistica e consegue risultati importanti di conoscenza e di periodizzazione, di inventario e catalogazione di opere; importanti ma ovviamente differenti dall’ipotesi che il medesimo criterio fosse stato applicato, ad esempio, al problema della dogmatica — o “concettuologia” (p. 1296) come preferisce scrivere D’Alberti, che non usa mai i buoni e vecchi lemmi dogmi o dogmatica — seppure toccato nella trattazione dei “temi”.

Venendo, comunque, ai “temi”, quelli della tradizione pandettistica, “soprattutto gli atti e la giustizia”, non vengono certo abbandonati nella seconda metà del secolo, ma se ne innovano profili e soluzioni, si rafforza la distinzione tra atti e provvedimenti amministrativi, si spezza e relativizza la categoria dell’atto, si avvicina il processo amministrativo al processo civile, si irrobustisce la configurazione sostanziale dell’inte-

⁽⁵⁰⁾ Che Giannini attingeva dalle “teorie del realismo” francese di Hauriou e Duguit (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 54).

resse legittimo, si infoltiscono gli studi dedicati ai principali istituti processuali ed ai rimedi di giustizia stragiudiziale; si sviluppano, poi, temi solo fugacemente toccati nella prima metà del secolo, dalla teoria formale o del procedimento fattispecie, cioè dalle analisi strutturali del procedimento svolte da Aldo Sandulli e prima da Ugo Forti si passa a quelle funzionali di Giannini e Feliciano Benvenuti, dai solitari studi di De Valles sull'organizzazione amministrativa si giunge a quelli molteplici e relevantissimi sulle strutture e funzioni amministrative nella seconda metà del secolo; a partire dagli anni Cinquanta assistiamo anche alla fioritura delle indagini dedicate alla disciplina pubblica dell'economia e dagli anni Settanta alle regioni ed ai temi rinnovati della contrattualità amministrativa e dei diritti sociali; tema nuovo, infine, nell'ultimo decennio del secolo quello dei nessi tra diritto amministrativo, diritto comunitario e "diritto comune metaeuropeo".

Quanto ai metodi, dalla prevalenza del metodo giuridico orlandiano, con la nozione pandettistica dei concetti ritenuti universali ed immutabili, si passa alle distinzioni postpandettistiche dello Zanobini tra concetti generali ed atorici ed istituti transeunti di diritto positivo, e poi a quelle di Giannini tra nozioni "invarianti" e concetti variabili di diritto positivo. Nella seconda metà del secolo i giuristi superano la distinzione orlandiana tra categorie giuridiche e politiche: alcuni per avviarsi verso la deriva del "fattualismo", del descrittivismo esegetico e dell'abbandono delle costruzioni concettuali; altri per seguire la via del "realismo", indicata specie da Giannini, con la fedeltà alla costruzione giuridica ed ai concetti giuridici, ma storicizzati, "relativizzati nella loro portata e valore" (p. 1310).

Riguardo infine alle concezioni generali del diritto, dopo le grandi cesure nei confronti del monismo statualistico e dell'idea del primato della legge rappresentate dal pluralismo romaniano e dagli sviluppi impressi alla visione pluralistica dalle opere del Giannini, "le questioni dei rapporti tra normativismo e istituzionismo e la stessa problematica dell'ordinamento giuridico restano però largamente estranee alla dottrina amministrativistica del secondo Novecento" (p. 1313). Se prevale l'indifferenza nei confronti delle concezioni generali del diritto, sono affrontate, invece, in termini nuovi le questioni dell'identità del diritto amministrativo, dei suoi confini e dei rapporti tra amministrazione e amministrati. La concezione, prevalente sino agli anni Cinquanta, dell'autonomia e dell'identità del diritto amministrativo, fondate sul suo oggetto e sulla specialità del suo regime giuridico, si muta poi nella consapevolezza dell'"autonomia solo parziale" del diritto amministrativo dinanzi alle "intersezioni continue tra regime pubblicistico e privatistico", agli andamenti del riparto delle giurisdizioni ed alla riforma del processo amministrativo; cambiano, intanto, i confini del diritto amministrativo, prima con l'estensione, durata quasi per l'intero Novecento, e poi con la contrazione nell'ultimo quindicennio delle ammini-

strazioni pubbliche e del diritto amministrativo; ed, infine, si rafforza di continuo nella seconda metà del Novecento la tutela giudiziale degli amministrati nei confronti della amministrazione.

Quanto larga sia stata l'influenza esercitata dall'opera di Orestano nella formazione culturale dei giuristi italiani a partire dagli anni Sessanta, dall'uscita dell'*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, è confermato anche dal saggio di Aldo Sandulli su *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, che ricorre proprio all'*Introduzione* per indicare nel "retaggio culturale della scienza giuridica, rappresentato [...] dall'eredità del dogmatismo tedesco" una delle ragioni "della scarsa attenzione per i percorsi creativi seguiti dall'attività giurisdizionale" (51). E sicuramente il dogmatismo è una delle ragioni della distanza della scienza giuridica dalla giurisprudenza amministrativa anche nella seconda metà del Novecento, almeno sino agli anni Settanta, come lo era stato nella prima dove si incontra sì l'opera di commento alla giustizia amministrativa svolta per decenni da Federico Cammeo dalle colonne della "Giurisprudenza italiana", ma essa si erge in un isolamento monumentale nel panorama dell'amministrativistica italiana della prima metà del Novecento.

Meno convincente risulta invece l'indicazione di un'altra ragione del mancato dialogo nel prevalere nella scienza giuridica del secondo dopoguerra del normativismo kelseniano, con le tesi del primato del Parlamento e della legge, mentre pare che ben più dell'insegnamento della scuola viennese abbia conformato la mentalità dei giuristi italiani il greve retaggio inerziale del positivismo legislativo, dello statalismo e del legalismo, che d'altra parte gli stessi giudici amministrativi attingevano durante la loro formazione culturale dalle pagine dello Zanobini, dal *Corso*, come opportunamente il Sandulli ricorda (p. 1366 nt. 6).

Per tracciare il bilancio dell'ultimo mezzo secolo di giurisprudenza amministrativa, il Sandulli adotta un "criterio sistematico" che consenta, anzitutto, di descriverne i rapporti con la scienza giuridica, la legge e la giurisprudenza ordinaria, e poi di illustrare i contenuti dell'attività giurisdizionale, la tecnica e il metodo, da un lato, i contributi allo sviluppo del diritto amministrativo, specie "i capitoli dell'attività e della giustizia" dall'altro, e concludere infine spingendo lo sguardo sulle prospettive "di inizio millennio" (p. 1363 s.).

Si tratta di una struttura sistematica armonica, consequenzialista, perspicua che permette all'autore di esprimere pienamente le sue competenze (di giurista positivo) di costruzione teorica, di sussunzione di un ricchissimo e puntualissimo repertorio di giurisprudenza amministrativa nell'ambito di categorie concettuali più generali, nella cui estensione possono essere comprese e alla cui definizione teorica esse

(51) A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", LI (2001), p. 1367 s. e nt. 12.

abbiano contribuito. Ancora una volta, dunque, un lavoro di forte modellizzazione concettuale, ma con gli inevitabili rischi di schematizzazione e semplificazione, di perdita degli specifici peculiari caratteri storici delle singole evenienze giurisprudenziali e di smarrimento del contesto storico, del viluppo dei collegamenti storici in cui esse si inseriscono.

I rischi di schematizzazione sono accentuati in questo caso dalla esplicita professione, ripetutamente ribadita nel corso del saggio fin dalle prime pagine (pp. 1370, 1389, 1392, 1395, 1396, 1401), del giudizio di valore già formulato da Sabino Cassese⁽⁵²⁾, secondo cui la giurisprudenza amministrativa avrebbe elaborato nuovi criteri di azione amministrativa capaci di introdurre “accanto alla democrazia politica regolata dalla Costituzione del 1948, la democrazia amministrativa” (p. 1370); avrebbe posto “le norme della costituzione materiale sulla democrazia amministrativa” (p. 1389), “costruendo — dapprima, sulle fondamenta procedurali e, poi, anche sulla spinta del diritto comunitario — un diritto amministrativo di impronta civilistica” (p. 1401).

È una valutazione, una *Vorverständnis*, una precomprensione che determina la lettura dell'intera vicenda giurisprudenziale del cinquantennio e delle stesse conclusioni del saggio sulle prospettive di inizio millennio favorevoli alla conservazione del giudice amministrativo e del dualismo della giurisdizione.

Fatte queste necessarie osservazioni storiografiche — “di carattere metagiuridico”, direbbe Aldo Sandulli (p. 1406) — dobbiamo almeno accennare ai fecondi itinerari conoscitivi aperti nella giurisprudenza del cinquantennio dal saggio del Sandulli. Non possiamo non ricordare almeno, riguardo ai rapporti tra giurisprudenza amministrativa e legge, il ruolo del giudice amministrativo di “fonte di ispirazione per il legislatore”, di ordinatore a sistema del guazzabuglio normativo, di interprete che estende o limita la portata delle disposizioni legislative (un esempio per tutti la legge n. 241/1990), di autore dell'integrazione dei principi ed istituti di origine comunitaria nell'ordinamento nazionale; e nei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, il percorso tracciato — a partire dal nuovo equilibrio raggiunto con la svolta interpretativa del 1949, fondata sulla teoria dell'affievolimento o della degradazione, durata sino all'inizio degli anni '90 — attraverso la graduale riduzione dell'ambito della giurisdizione amministrativa fondata sul riparto per situazioni giuridiche soggettive ed il suo ampliamento all'interno della giurisdizione esclusiva, fenomeni entrambi che hanno favorito la prevalenza del riparto per materia; la “metamorfosi dell'interesse legittimo” dalla natura di mero diritto processuale a quella di diritto sostanziale; la travagliata vicenda dell'ultimo lustro culminata

⁽⁵²⁾ S. CASSESE, *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in *Studi in onore di G. Guarino*, I, Milano 1998, pp. 543 ss.

nell'emanazione della legge n. 205/2000 di riforma del processo amministrativo, con l'attrazione del processo amministrativo nell'orbita di quello civile e il soddisfacimento dell'"esigenza reintegratoria del titolare di interessi lesi dall'azione amministrativa" (p. 1378).

Quanto al metodo dell'attività giurisdizionale, Sandulli evidenzia il significato didascalico delle decisioni del giudice amministrativo con "l'analitica ricostruzione della situazione di fatto e la diffusa motivazione in diritto", in funzione garantistica nei confronti del cittadino e di guida dell'amministrazione; la permanenza del metodo adottato dal giudice amministrativo, con la ricerca costante di conciliare gli interessi pubblici con quelli dei cittadini, non ritenendo più gli interessi pubblici come valori precostituiti ma come prodotti procedurali del bilanciamento di interessi pubblici e privati in sede istruttoria; i tre principali caratteri individuati nella decisione del giudice amministrativo: il sostrato empirico (l'approfondita conoscenza della situazione di fatto), la natura di verifica del corretto esercizio del potere amministrativo (la centralità del controllo sull'eccesso di potere almeno sino all'avvicinamento del processo amministrativo a quello civile e all'introduzione con la legge n. 205/2000 del ricorso di piena giurisdizione) e la natura essenzialmente equitativa della decisione.

Sui contenuti e gli effetti del diritto giurisprudenziale amministrativo, Sandulli ricorda tra l'altro l'elaborazione giudiziale di regole procedurali, il ridimensionamento di principi di azione, a cominciare dal principio di legalità superato nella *regle de droit* (nel cui ambito la legge costituisce solo una delle fonti accanto alla costituzione, ai trattati internazionali, alla normativa comunitaria) e la valorizzazione di altri come quelli di imparzialità, ragionevolezza, buona fede e buon andamento; il superamento della vecchia categoria delle figure sintomatiche nel controllo sull'eccesso di potere, ormai "diluito" esso stesso "nel sindacato di legittimità" sul rispetto degli *standards* giurisprudenziali e dei principi generali dell'azione amministrativa, giungendo a "lambire" l'area del cosiddetto merito amministrativo e comunque ad espugnare l'ultima ridotta della discrezionalità tecnica; l'introduzione giurisprudenziale di regole di democrazia amministrativa negli istituti di giustizia amministrativa come l'ampliamento della piattaforma della legittimazione processuale e, in specie tra il 1978 e il 1983, la configurazione delle modalità di esercizio dell'appello, della tutela cautelare e del giudizio di ottemperanza; l'intensa attività creativa dispiegata nell'ultimo lustro soprattutto riguardo all'interpretazione della legge n. 241/1990 ed alla spinta innovativa derivante dal diritto comunitario.

Le ultime pagine sono dedicate da Sandulli all'analisi di quelle che a suo avviso risultano le tre principali linee di riforma del processo amministrativo introdotte dalla legge n. 205/2000: l'effettività della tutela, la trasformazione del processo da annullatorio in reintegratorio delle situazioni soggettive lese, l'accrescimento dei poteri del giudice

accompagnato da maggiori garanzie del contraddittorio e della sostanziale parità tra le parti processuali. Sono trasformazioni che a parere di Sandulli implicano il mutamento dei caratteri fondamentali dell'attività giurisdizionale amministrativa perché cambiano sia l'oggetto del giudizio, che dal potere si sposta al rapporto, sia il tradizionale metodo giurisdizionale, con il ridimensionamento di quello acquisitivo a favore del dispositivo, ed infine i principali strumenti processuali ormai speculari a quelli del processo civile.

Il saggio su *I manuali di diritto amministrativo* del cinquantennio è opera di Giulio Vesperini. L'autore tematizza tre differenti prospettive da cui poter studiare la manualistica (p. 1444): la prospettiva "funzionale", del "manuale come strumento della didattica universitaria", quella scientifica, potremmo dire, del manuale come "apposito capitolo della produzione scientifica di un determinato periodo storico", ed infine quella letteraria, del manuale, appunto, come genere letterario; e dichiara di scegliere nello svolgimento del saggio proprio quest'ultima prospettiva del genere letterario.

Si apre però così una divaricazione tra quello che il saggio è — un apposito "capitolo" assai ben fatto "del bilancio sulla produzione scientifica" — e quello che dichiara di essere ma non è: un contributo sulle "peculiarità del genere letterario della manualistica" nella seconda metà del Novecento. E non lo è perché l'autore scarta espressamente la prospettiva di indagare la manualistica come strumento della didattica, rinunciando così a studiare proprio il carattere che ne costituisce l'identità letteraria in quanto ne determina le forme dell'espressione e del contenuto. La riflessione sull'"efficacia pedagogica" del manuale, sulla maniera in cui l'autore riesce a combinare il fine informativo, l'esposizione elementare delle nozioni, con il fine formativo, con la problematizzazione delle questioni, è ineludibile nell'indagine storica sulla manualistica, perché il rapporto tra formazione e informazione rappresenta l'essenza del genere letterario del manuale universitario.

Vesperini dichiara, invece, di avvalersi "in gran parte" per l'analisi della manualistica "degli stessi parametri utilizzati, di norma, dalle indagini sulla scienza del diritto amministrativo": l'impianto dei lavori, "i temi trattati, i programmi perseguiti, i metodi utilizzati, le concezioni, esplicitate o inesprese, del diritto amministrativo e della amministrazione pubblica, il rapporto con le altre scienze sociali, ecc." (p. 1446). Che è poi quello che ottimamente fa, studiando appunto i manuali "alla stregua delle altre opere", come "un apposito capitolo dell'analisi della produzione scientifica di un determinato periodo storico" (p. 1444), e adottando, dunque, proprio quella prospettiva "scientifica" che voleva evitare; e finendo anche per scegliere una periodizzazione esterna al genere letterario della manualistica — quella proposta da Cassese per la storia del diritto amministrativo, divisa nei periodi 1950-1970, dalla Costituzione all'istituzione delle regioni a statuto ordinario, e poi dal

1970 al 1990, come data quest'ultima di avvio delle importanti leggi di riforma dell'ultimo decennio, e dal 1990 in poi (p. 1446) — invece che una periodizzazione intrinseca, segnata cioè dall'uscita di libri capaci di identificare i periodi e scandire i tempi della manualistica del cinquantennio.

L'adozione della prospettiva scientifica appare, comunque, inevitabile anche in una storia della manualistica come genere letterario, anzi va con essa necessariamente integrata, perché il manuale ed il trattato rappresentano le forme espressive della sintesi scientifica ed hanno segnato i tempi storici della scienza giuridica del Novecento in un necessario rapporto dialogico con gli svolgimenti monografici. Le tre prospettive indicate opportunamente da Vesperini non vanno dunque scisse, ma euristicamente composte nella storia del genere letterario della manualistica e magari arricchite anche da una riflessione sui rapporti con i manuali delle altre branche del diritto per indagare reciproche influenze architettoniche, metodiche, dogmatiche, tematiche e più in generale culturali.

Fatte queste osservazioni metodologiche, va ribadito che il saggio di Vesperini è una penetrante, completa e chiara sintesi ⁽⁵³⁾ della produzione scientifica del cinquantennio studiata dall'angolo visuale dei manuali.

Le opere “più significative” del primo periodo (1950-1970) “sono circa una decina” e, analizzate da Vesperini nei tratti comuni ed in quelli distintivi, possono essere ricondotte a “due grandi gruppi”: “quelle, a prevalente scopo didattico, legate alla tradizione della scuola nazionale del diritto pubblico; quelle nelle quali prevalgono l'impegno scientifico e l'attenzione verso gli sviluppi dell'ordinamento” (p. 1451). Al primo gruppo vengono attribuiti il *Manuale di diritto amministrativo* di Sandulli (1952), il *Manuale di diritto amministrativo* di Landi e Potenza e il *Sistema istituzionale di diritto amministrativo* di Alessi (1953), confluito poi “con qualche modifica minore” nei *Principi di diritto amministrativo* del 1966; al secondo, gli *Appunti di diritto amministrativo* di Benvenuti (1952) e “le quattro opere generali di Giannini, le *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, le *Lezioni di diritto amministrativo* del 1960-64”, il *Corso di diritto amministrativo* del 1965, il *Diritto amministrativo* del 1970. Non riconducibile né al primo gruppo né al secondo il *Corso di diritto amministrativo* di Piero Gasparri, uscito in quattro volumi tra il 1953 e il 1960, “opera di taglio essenzialmente teorico [...] che porta alle estreme conseguenze” il dogmatismo e il logicismo (pp. 1449-1452).

(53) Seppure con la tendenza retoricamente efficace, ma storiograficamente rischiosa, perché talora semplificatrice, di adottare una costante aritmetica argomentativa che diventa quasi contabilità nelle conclusioni: “tre rapidi cenni conclusivi sulle risultanze dell'indagine condotta e due considerazioni aggiuntive” (G. VESPERINI, *I manuali di diritto amministrativo*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), p. 1473).

Anche nel ventennio 1970-1990 le opere generali sono una decina, ma la loro produzione è “concentrata nella seconda parte del periodo”: inizia Guarino con la pubblicazione del *Dizionario amministrativo* nel 1977, seguono il *Manuale di diritto amministrativo* di Capaccioli e l'*Introduzione ad un corso di diritto amministrativo* di Satta nel 1980, i quattro volumi di Virga, *Diritto amministrativo. I principi* (1983), *Atti e ricorsi* (1987), *Amministrazione locale* (1988), *Attività e prestazioni* (1990), gli *Appunti dalle lezioni di diritto amministrativo* di Clarizia e le *Istituzioni di diritto amministrativo* di Giannini nel 1982, le *Lezioni di diritto amministrativo* di Bassi (1984), *Le basi del diritto amministrativo* di Cassese e il *Manuale di diritto amministrativo* di Galateria e Stipo nel 1989. Queste opere condividono convinzioni comuni riguardo all'estensione dei confini del diritto amministrativo, ai suoi mutamenti e alla difficoltà “per le trattazioni generali di coprire tutta la materia” (p. 1461 s.), ma prevalenti sono le differenze. Si divaricano anzitutto nella concezione stessa del genere letterario del manuale, poi per la diversità delle dimensioni, degli stili, degli impianti e delle opzioni di fondo, della perimetrazione della materia, dell'approccio (nella considerazione del dato costituzionale, della comparazione e degli apporti delle altre scienze sociali) e delle concezioni dell'amministrazione e del diritto amministrativo (pp. 1459-1467).

Nell'ultimo periodo — “il periodo della riforma della pubblica amministrazione”, che ha “la sua data di inizio convenzionale nel 1990” — escono otto nuovi manuali: il *Corso di diritto amministrativo* di Cerulli Irelli nel 1991, il *Diritto amministrativo* curato da Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco e Scoca nel 1993, gli *Itinerari di diritto amministrativo* di Palma nel 1996, il *Manuale di diritto amministrativo* di Casetta e le *Linee guida di diritto amministrativo* di Picozza nel 1999, il *Diritto delle amministrazioni pubbliche* di Sorace, il *Diritto amministrativo* di Lariccia e l'*Introduzione al diritto amministrativo* di Rossi nel 2000. Appaiono anche nuove edizioni di queste stesse opere e di manuali usciti nei periodi precedenti e nel 2000 viene pubblicato il *Trattato di diritto amministrativo*, curato da Sabino Cassese. Quanto ai loro caratteri, molti di questi manuali risultano lavori “a formazione progressiva” e se si differenziano sulla organizzazione della materia, si distinguono meno sulla sua perimetrazione, risultano comuni anche molti dei temi trattati — con il recupero delle fonti, della giustizia e della nozione di diritto amministrativo —, comuni anche alcune omissioni, come la parte speciale dei procedimenti; nettamente distinti, invece, i modi di trattare il cambiamento della pubblica amministrazione (pp. 1467-1473).

Una ricostruzione complessiva del cinquantennio che consente all'autore di tirare tre conclusioni (pp. 1473-1475): il buon stato di salute della manualistica nell'intero arco del cinquantennio, “la frammentazione del genere manuale” (la pluralizzazione, la moltiplicazione

del modello manuale ⁽⁵⁴⁾) e la complessità del giudizio sul “rapporto della manualistica con lo stato della materia” ⁽⁵⁵⁾.

Conclusa con i manuali l'analisi dell'amministrativistica, rimane la lettura dei quattro contributi finali dedicati da Gaetano D'Auria, Enrico Gustapane, Luciano Vandelli e Fabio Ruggie rispettivamente alle riviste scientifiche, a quelle di giurisprudenza, al diritto pubblico straniero ed alla storiografia nella “Trimestrale”.

Narrare la storia de *Le riviste scientifiche* di diritto pubblico nel cinquantennio ⁽⁵⁶⁾ è un compito assai impegnativo per un solo autore. Si pensi che nel 1987, nel sedicesimo volume dei “Quaderni fiorentini”, furono una ventina gli studiosi chiamati ad illustrare la vicenda delle principali riviste giuridiche italiane dal 1865 al 1945 e che “un'analisi quantitativa dei contenuti” dei primi trent'anni di vita della “Rivista trimestrale di diritto pubblico” “occupò sedici persone per più di quattro anni” (p. 1484). Gaetano D'Auria ha così dovuto impostare, anzitutto, il problema del taglio da dare al proprio contributo, e l'ha affrontato decisamente alla radice, interrogandosi persino sulle nozioni stesse di rivista, di periodico e di rivista scientifica (pp. 1481-1484), per decidere infine di ‘limitarsi’ a passare “in rassegna le maggiori riviste ‘generalì’ di diritto pubblico, le riviste di diritto costituzionale, di diritto amministrativo, di diritto regionale, di scienza dell'amministrazione apparse negli ultimi cinquant'anni”, di illustrare “sinteticamente” i “dibattiti e le polemiche” che ne hanno accompagnato talvolta la nascita, i “programmi e i contenuti”, “i mutamenti nel tempo degli uni e degli altri”, le vicende editoriali, l'attuale tiratura.

Un programma, dunque, denso ed ambizioso, che poteva essere svolto a condizione di fissare una griglia temporale omogenea per periodizzare la storia delle riviste, un criterio tassonomico per la loro classificazione e nomenclatura, e uno schema di analisi costante, uguale, una scheda tendenzialmente uniforme per descriverne i contenuti e le vicende.

⁽⁵⁴⁾ Al manuale tradizionale che aspirava “a rappresentare sistematicamente una determinata disciplina [...] si sostituiscono i ‘manuali’, distinti tra loro nel giudizio circa il grado, per così dire, di sintesi possibile ed utile della materia, nel momento storicamente dato” (*ibid.*, p. 1463).

⁽⁵⁵⁾ Dato che i manuali mostrano una buona capacità informativa riguardo alla realtà storica dell'ordinamento, ma limitata essenzialmente alle leggi, (in parte) alle altre fonti normative e alla giurisprudenza amministrativa — con poca attenzione per la prassi amministrativa, gli indirizzi della scienza, le sentenze dei giudici diversi da quelli amministrativi, la storia e le altre scienze sociali — e realizzata attraverso “una pluralità di modelli di sistemazione (più o meno parziale) della materia” (*ibid.*, p. 1474 s.).

⁽⁵⁶⁾ Triplicate in termini assoluti nel corso dei cinquant'anni — “quadruplicate, se si considerano le riviste ‘specialistiche” — ma con una diminuzione percentuale rispetto agli anni Cinquanta, quando d'altra parte superavano di poco con l'aggiunta delle riviste specialistiche il 10% del totale delle riviste giuridiche (G. D'AURIA, *Le riviste scientifiche*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), p. 1479).

L'autore sceglie la divisione del cinquantennio in tre periodi, rifacendosi in specie a Cassese (p. 1485 s.): il primo, che va dall'avvento della Repubblica alla fine degli anni Sessanta, è connotato dalla permanenza della tradizionale concezione dell'autonomia della scienza giuridica e della continuità delle sue categorie, dalla "inattuazione costituzionale", dallo sviluppo delle "amministrazioni parallele" e dai primi tentativi di riforma amministrativa; il secondo periodo, dalla fine degli anni Sessanta ai primi anni Novanta, è il periodo del "disgelo costituzionale", dell'apertura di nuovi orizzonti di ricerca, delle riforme costituzionali ed amministrative, della sempre più frequente partecipazione dei giuspubblicisti alla vita politica; il terzo periodo, l'attuale, vede concentrarsi la riflessione dei giuspubblicisti sulle riforme dei due decenni precedenti e "un accelerato moto riformatore delle pubbliche amministrazioni" (p. 1485 s.).

D'Auria sceglie dunque una periodizzazione politico-istituzionale e culturale generale, esterna, pertanto, alla vicenda del genere letterario delle riviste, anche se, ripetiamo, forse inevitabile in un contributo di sintesi di questo tipo. Resta però la curiosità di conoscere quali peculiari tempi storici interni alle riviste, dettati dalle evenienze tematico-espressive dei periodici scientifici stessi, possano essere pensati per il sistema letterario delle riviste nel suo complesso nell'arco del cinquantennio; ed, invero, proprio i risultati dell'analisi del D'Auria paiono fornire importanti materiali tematici e linguistici per impostare una possibile specifica periodizzazione della tradizione letteraria delle riviste nella seconda metà del '900.

Quanto alla loro classificazione, l'autore ricorre alle categorie proposte da Giannini nel convegno fiorentino del 1983 su *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane* ⁽⁵⁷⁾, quando aveva distinto tra riviste "di dibattito, anche selettivo", riviste "di indirizzo", "concepite come rivolte a conseguire determinati risultati culturali", e "riviste 'di tendenza', in quanto espressione di gruppi politici, di sindacati o anche di amministrazioni, all'interno delle quali si collocano, poi, le riviste 'di carattere ideologico'"; una distinzione relativa alle finalità dei periodici, cui Giannini aggiungeva quella "fra riviste 'mezzo di cultura', in quanto semplice strumento di diffusione del pensiero (altrimenti dette 'riviste contenitore' o 'riviste bazar'), e riviste 'fatto di cultura', in quanto espressive di movimenti di rilievo" (p. 1485 s.).

Fissate queste coordinate temporali e tassonomiche, D'Auria passa all'analisi delle singole testate, a principiarsi dai due più importanti periodici scientifici che compaiono nel primo periodo, la "Rassegna di diritto pubblico" e la "Trimestrale" (la "Giurisprudenza costituzionale"

⁽⁵⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Introduzione ai lavori*, in P. GROSSI (ed.), *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane* — Atti del Primo Incontro di studio — Firenze 15-16 aprile 1983, Milano 1984, pp. 21-28).

viene studiata da Enrico Gustapane nel saggio sulle *Riviste di giurisprudenza*). La “Rassegna di diritto pubblico”, fondata nel 1946 e diretta da Alfonso Tesauro, cesserà le sue pubblicazioni nel 1972, quando si esaurirà “per mancanza di un indirizzo di ricerca, una volta compiuta la missione iniziale — ma non unica — di seguire la fase costituente e quella di prima attuazione della Costituzione” e dopo aver reso “la testimonianza più illustre di una rivista di ‘dibattito’”, cui partecipa gran parte della giuspubblicistica del tempo” (pp. 1488-1491).

Nell’analisi della “Rivista trimestrale di diritto pubblico” D’Auria concentra la propria attenzione sullo sviluppo dei contenuti nell’arco del cinquantennio, scandito nei tempi (p. 1491 s.) proposti da Cassese nella *Presentazione* del fascicolo contenente gli utilissimi indici cumulativi degli autori e delle recensioni del cinquantennio⁽⁵⁸⁾. Il primo decennio, con la direzione di Zanobini ed il “programma continuista” nei confronti della tradizione disciplinare giuspubblicistica — da lui dettato nella *Premessa* al primo numero della rivista e poi svolto sulle pagine della “Trimestrale” dai maestri più anziani e dalle generazioni più giovani — non esclude la pubblicazione, accanto agli articoli scientifici, di rassegne sulle tendenze costituzionali contemporanee, sugli eventi costituzionali italiani, sulla giurisprudenza e la pratica amministrativa, né di scritti anche in campi non giuridici, come la “tecnica organizzativa”. Il decennio successivo, segnato dalla malattia e dalla scomparsa di Zanobini, dall’incertezza metodologica, dal rarefarsi degli scritti dei maestri più anziani e dei non pubblicisti, dall’esaurimento delle “rassegne di diritto comparato, di legislazione e di giurisprudenza”, è un periodo di “declino” che “ha fine con l’inizio degli anni ’70”, del “disgelo costituzionale” e del “più intenso impegno degli studiosi per gli aspetti di organizzazione della cultura”. Una nuova generazione collabora alla redazione della rivista, “il numero delle pagine per anno raddoppia”, aumentano i contributi degli autori stranieri e dei non pubblicisti, si moltiplicano i fascicoli monografici su rilevanti temi costituzionali, amministrativi, comunitari, comparatistici, di storia del diritto pubblico e del pensiero giuridico; si presta attenzione tra l’altro all’attività conoscitiva della pubblica amministrazione e con rassegne periodiche alle cronache comunitarie, costituzionali ed amministrative, all’attività informativa del parlamento ed a quella normativa del governo, alla bibliografia dei libri di diritto pubblico, al diritto comparato e comunitario, all’organizzazione della ricerca scientifica⁽⁵⁹⁾.

La “Trimestrale” si afferma insomma per D’Auria “come una ‘rivista di dibattito’ ma anche ‘di indirizzo’” che, orientata da Giannini

(58) S. CASSESE, *Presentazione a Indice cumulativo 1951-2001*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI, supplemento al fasc. 4 (2001), pp. VII-XI.

(59) *Ibid.*, pp. VIII ss.

e Cassese a seguire “l’evoluzione del sistema amministrativo e la vita concreta delle istituzioni”, affianca agli studi teorici numerose ricerche empiriche — sollecitando “il maggior numero di contributi provenienti da soggetti estranei all’accademia” (in specie funzionari amministrativi, parlamentari e magistrati) (pp. 1491-1496) — ed accompagna “almeno due generazioni di studiosi” nel superamento del vecchio “atteggiamento puristico” (60).

Nel primo periodo escono anche due riviste di diritto parlamentare, la “Rassegna parlamentare” (1959) e gli “Studi parlamentari e di politica costituzionale” (1968), due riviste di Scienza dell’amministrazione, “L’organizzazione tecnica della pubblica amministrazione” (1954, dal 1972 “Rivista trimestrale di scienza dell’amministrazione”) e “Amministrare” (1963), e “due riviste giuridiche ‘generali’ (o ‘non disciplinari’)”, “Il diritto dell’economia” (1955) (61) e “Democrazia e diritto” (1960), oltre a numerose “riviste specialistiche o di settore” (p. 1513 s.). D’Auria ne analizza i programmi, i contenuti e le vicende editoriali fino agli anni Settanta (pp. 1496-1514), quel secondo periodo che vede “un’autentica fioritura di riviste” di diritto pubblico. Oltre a numerose riviste specialistiche, compaiono ben cinque riviste di diritto regionale, “tutte sotto l’egida di regioni variamente impegnate sui temi dell’autonomia”: “Le Regioni”, promossa dall’Istituto di studi giuridici regionali del Friuli Venezia Giulia nel 1973, “Regione e governo reale” della Regione Emilia Romagna nel 1980 — divenuta nel 1997 “Le istituzioni del federalismo” —, “Quaderni regionali”, per iniziativa del Consiglio regionale della Liguria nel 1981, “Confronti”, col patrocinio della Regione Lombardia, anch’essa nel 1981, “Il diritto della Regione”, a cura della Regione Veneto nel 1983 (pp. 1521-1531). Ed escono tre riviste ‘generali’, ‘non disciplinari’, con “precise finalità di politica del diritto”, “che rappresentano uno dei maggiori fatti culturali” degli anni ’70 (p. 1535): “Politica del diritto” nel 1970, “Diritto e Società” e la nuova serie di “Democrazia e Diritto” nel 1973 (pp. 1514-1518, 1535-

(60) *Ibid.*, p. XI.

(61) Ci pare interessante fare almeno un accenno ai contenuti della *Presentazione* dettata da Feliciano Benvenuti per il numero zero della nuova serie della rivista apparsa nel 1987 con il patrocinio dell’Unione Italiana delle Camere di Commercio. Il Benvenuti critica “la polverizzazione” degli studi che aveva caratterizzato la vecchia serie della rivista” ed auspica la “ricomposizione della disciplina”, che richiede anche un ripensamento dei rapporti tra “Stato di diritto, da un lato, e Stato amministrativo e sociale dall’altro”, una riflessione sugli ambiti occupati dallo Stato da restringere a favore di quelli della società e dei privati, e la riproposta, in tutto ciò, della “posizione centrale del giurista” chiamato — con accenti che ci sembrano francamente orlandiani — all’impiego di “un metodo interno alla materia e non ad essa esterno: appunto [il] metodo giuridico. Il quale presuppone una tendenza non solo alla purezza del metodo conoscitivo, non solo alla scelta corretta delle idee essenziali, ma alla funzione costruttiva di quelle idee, o concetti che dir si voglia” (F. BENVENUTI, *Presentazione*, in “Il diritto dell’economia”, n. 0 (1987), pp. 7-14, citato da G. D’AURIA, *Le riviste cit.*, p. 1509 s.).

1539). Ad esse si affianca nel 1981 una rivista, invece, “dichiaratamente disciplinare”, “Quaderni costituzionali”, pensati come “luogo di dibattito sui temi della riforma istituzionale” (pp. 1518-1521).

Gli anni Novanta, infine, vedono l’affermazione, accanto a nuove riviste specialistiche, “di un gruppo di riviste rigorosamente disciplinari: di diritto pubblico, di diritto costituzionale, di diritto amministrativo” (p. 1541). Nel 1991 nasce la “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, nel 1995 “Diritto pubblico”, in continuità con le riflessioni avviate dal Gruppo di San Martino, nel 1990 l’“Archivio di diritto costituzionale” presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell’Università di Palermo, nel 1996 la “Rivista di diritto costituzionale”, ad iniziativa del Gruppo di Pisa; nel 1983 era apparsa “Diritto processuale amministrativo”, nel 1993 esce “Diritto amministrativo” ed infine, nel 1995, il “Giornale di diritto amministrativo”, diretta da Sabino Cassese ed unica tra le riviste elencate che abbia periodicità mensile (pp. 1541-1552).

Il carattere di questo nostro scritto non ci consente di seguire D’Auria nell’analisi delle vicende delle singole testate; vogliamo però accennare almeno al dibattito che accompagna la nascita della nuova rivista “Diritto pubblico” nel 1995 (pp. 1541-1547). D’Auria, invero, ricorda anche la vivace polemica che all’inizio degli anni Settanta Giovanni Cassandro avviò in un saggio pubblicato nel primo numero di “Diritto e società”⁽⁶²⁾ contro gli orientamenti delle altre due nuove riviste ‘generali’, “Democrazia del diritto”⁽⁶³⁾ e “Politica del diritto”, accusate di non distinguere tra scienza del diritto e politica del diritto, appunto, cui fu risposto sostenendo il superamento del “mito della neutralità” del diritto e dell’attività del giurista⁽⁶⁴⁾ (pp. 1515 ss., 1535 ss.); ma si tratta in questo caso di un contrasto assai più datato, mentre la discussione del 1995 tra Sabino Cassese ed il direttore della nuova rivista fiorentina Andrea Orsi Battaglini sembra consentire ancora qualche considerazione aggiuntiva. Da una parte ci pare infatti indubitabile, come osserva Cassese, che la presentazione della rivista “Diritto pubblico” — affidata ad una pagina introduttiva non firmata ed allo scritto *In limine* di Orsi Battaglini⁽⁶⁵⁾ — riproponga per ripensarle le tre tradizionali categorie del metodo giuridico, del principio di legalità e dello Stato di diritto come “aspetti caratterizzanti del programma

(62) G. CASSANDRO, *Il “fare” del giurista*, in “Diritto e società”, 1 (1973), pp. 125-131 (lo scritto era destinato agli *Studi in onore di Chiarelli*).

(63) Che proprio nel 1973, l’anno di nascita di “Diritto e società”, iniziò sotto la direzione di Luigi Berlinguer una nuova serie.

(64) L. BERLINGUER *et al.*, *Editoriale*, in “Democrazia e diritto”, XIII fasc.1 (1973), pp. 5-8; V. ONIDA, *Politica del diritto e ruolo del giurista a proposito di “Diritto e società”*, in “Democrazia e diritto”, XIII fasc. 3 (1973), pp. 107-124.

(65) (a.o.b.), *In limine*, in “Diritto pubblico”, 1 (1995), pp. III-VII.

della nuova rivista” (66). Dall'altra, ci pare altrettanto indubitabile, come rileva Orsi Battaglini, che Cassese suggerisca in alternativa ai tre “propositi” della rivista (67) un metodo giuridico ‘empirico’ ed un “rapporto diretto principi-giudice”, senza la frapposizione tra giudici e diritto della legge e, dunque, “un modello di diritto giudiziale”, un “modello di legittimazione” non “espresso nella sequenza: sovranità popolare-rappresentanza democratica-legge-definizione del rapporto autorità/libertà” (68). Ma in questa maniera Cassese non ha fatto niente di diverso dal contrapporre dialetticamente al modello del positivismo legislativo continentale e della scienza costruttiva e sistematica quello giurisprudenziale del diritto comune anglosassone e le forme di un pensiero empirico, topico e casistico. Ad ispirare l'intervento critico di Cassese, al di là di alcuni possibili malintesi, sembra esservi l'esigenza di ricordare la pluralità dei modelli conoscitivi e costituzionali. In definitiva, ci pare che Cassese intenda evocare dinanzi alle aspirazioni del pensiero sistematico le ragioni di quello problematico, e rammentare implicitamente che il costituzionalismo moderno è dualistico e che, oltre alla tradizione del costituzionalismo continentale di stampo francese, con le idee forza della sovranità del popolo e della legge, vi è quello anglosassone, che accanto al *King in Parliament* ha privilegiato la tutela giurisprudenziale dei diritti.

Se “le giurisprudenze libere o pretorie non [...] hanno mai convinto” Orsi Battaglini e lo fanno assai cauto nei confronti “di un modello di diritto giudiziale” (69), Enrico Gustapane si professa, invece, un deciso sostenitore della creazione giudiziaria del diritto nel suo scritto su *Le riviste di giurisprudenza* (70). Il saggio di Gustapane narra, intreccia e sovrappone così due vicende, la storia delle riviste di giurisprudenza nel cinquantennio e quella delle fasi attraverso cui si è giunti alla fine degli anni Settanta al “riconoscimento, ormai largamente condiviso”, a suo avviso, “della giurisprudenza come fonte del diritto” (p. 1590).

L'adesione alla tesi del ruolo creativo della giurisprudenza consegna a Gustapane una chiave interpretativa efficace non solo per la ricostruzione storica dell'intera vicenda, ma anche per una sua periodizzazione tutta interna allo svolgimento del genere letterario delle riviste di giurisprudenza. Gustapane divide, infatti, la storia delle riviste in due periodi, quelle del secondo dopoguerra, dal 1945 al 1970, e

(66) S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal* cit., p. 791.

(67) *Ibid.*, p. 798.

(68) A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in “Diritto pubblico”, 1 (1995), p. 647.

(69) *Ibid.*, p. 647.

(70) E. GUSTAPANE, *Le riviste di giurisprudenza*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), pp. 1559-1595.

quelle dell'ultimo trentennio, dal 1971 al 2000, in relazione proprio alle diverse soluzioni date al problema della creazione giudiziale del diritto.

I caratteri dei periodici nella prima fase sono l'omissione nella pubblicazione delle sentenze della parte riguardante il fatto oggetto del giudizio; la compilazione delle massime ad imitazione del linguaggio normativo: le massime "divengono norme giuridiche estratte dalle sentenze", "non servono quindi a far conoscere come il giudice ha risolto il caso concreto, ma per fornire una norma speciale da applicare"; la redazione di note a sentenza intese più come un'esposizione dottrinale di un argomento talora non riguardante "neppure la sentenza commentata" piuttosto che un commento alla decisione (p. 1586 s.). Caratteri, tutti e tre, che Gustapane, sulla scia di Merryman e di Gorla, riconduce da una parte alla cultura del positivismo legislativo, ancora salda in quegli anni tra i giuristi italiani, alla *forma mentis* di giudici e avvocati educati a ridurre il diritto alla legge ed alla sua applicazione; ma, dall'altra, anche all'egemonia esercitata dalla scienza giuridica sulla giurisprudenza attraverso l'unione personale della figura del professore e di quella dell'avvocato, attraverso l'influenza dell'"opera dei professori-avvocati" sull'interpretazione giurisprudenziale (pp. 1559-1568).

In questo primo periodo, accanto ad una *Rassegna* necessariamente fatta di una storia rapida ed esterna delle singole riviste ⁽⁷¹⁾, Gustapane mette in rilievo gli eventi che anticipano e preparano l'affermazione del modello del diritto giudiziale negli ultimi decenni del Novecento. Ricorda a questo riguardo il lavoro di informazione sul diritto amministrativo inglese svolto da Giuseppino Treves, al suo ritorno dall'esilio in Inghilterra, le varie iniziative intraprese nelle Università, nelle riviste e dalla magistratura per la diffusione della conoscenza del diritto anglo-americano, il metodo comparativo e casistico bandito da Gorla ed i suoi studi sulla giurisprudenza ⁽⁷²⁾, la fervida opera di organizzatore culturale svolta nel settore delle riviste giuridiche, esclusivamente redatte da giudici appartenenti alle magistrature amministrative e contabili, dal Consigliere di Stato Ignazio Scotto ⁽⁷³⁾, l'entrata in funzione

⁽⁷¹⁾ Il "Foro italiano", la "Giurisprudenza italiana", "La settimana giuridica", la "Giurisprudenza di merito", il "Foro amministrativo", "La giurisprudenza delle opere pubbliche", "Il Consiglio di Stato", la "Giurisprudenza costituzionale", la "Giurisprudenza delle imposte" e "La commissione centrale delle imposte", *ibid.*, pp. 1579-1586.

⁽⁷²⁾ Basti ricordare quelli sullo stile delle sentenze, purtroppo non recepiti dai giudici nella redazione della motivazione della sentenza, i cui difetti, a principiari dal carattere talora dottrinale con lo smarrimento delle *rationes decidendi* nel dedalo degli *obiter dicta*, rappresentano non solo una palese inosservanza dell'art. 132 n. 4 del c.p.c. e dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione, ma "uno degli ostacoli all'eliminazione dell'abnorme durata dei processi" (*ibid.*, p. 1576).

⁽⁷³⁾ Fondatore nel 1953 della casa editrice Italedi e delle riviste "Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato" (1950) — poi "Il Consiglio di Stato" (1953) —, "La settimana giuridica" (1962), "La commissione centrale delle imposte" (1969), "I tribunali amministrativi regionali" (1974). Lo Scotto già nel 1963,

della Corte costituzionale ed il suo accoglimento della teoria del “diritto vivente”, l’istituzione del Consiglio superiore della magistratura ed il rafforzamento dell’autonomia e dell’indipendenza dei giudici.

Con gli anni Settanta inizia il secondo periodo delle riviste di giurisprudenza, che crescono di numero ⁽⁷⁴⁾ e pubblicano ormai il testo integrale delle sentenze, “con la descrizione del fatto, dello svolgimento del processo e dei motivi della decisione” ⁽⁷⁵⁾, segno preciso di un mutamento nella cultura dei giuristi italiani, di un’attenzione nuova al ruolo creativo della giurisprudenza, segno del riconoscimento “largamente condiviso”, a parere di Gustapane come abbiamo visto, della giurisprudenza quale fonte di diritto. E la “concezione creativa della giurisprudenza” ispira la nascita della prima rivista di “Diritto giurisprudenziale” e non più di giurisprudenza: la rivista “Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale”, fondata da Francesco Galgano nel 1985, che, appunto, non pubblica sentenze ma articoli di autori dedicati all’analisi della giurisprudenza su determinati argomenti ⁽⁷⁶⁾.

Nel saggio di Luciano Vandelli vediamo mutamenti altrettanto radicali investire sullo scorcio del Novecento gli studi di diritto pubblico straniero. Sono il “declino dell’epoca della statualità” ⁽⁷⁷⁾, lo stemperarsi del legame tra diritto e Stato (pp. 1613, 1621), l’abbandono della “tradizionale identificazione del diritto pubblico con un ordinamento statale chiuso ed autosufficiente” (p. 1614) e il superamento della “nazionalizzazione della cultura giuridica pubblicistica” (p. 1620 s.), tradizionale corollario della statualità del diritto e del monismo giuri-

nella prefazione al *Massimario completo della giurisprudenza del Consiglio di Stato 1932-1961*, vol. I, Roma 1963, p. XV, sottolineava l’“importanza fondamentale” della conoscenza della giurisprudenza degli organi giurisdizionali più autorevoli, perché “con la soluzione uniforme data costantemente a singole fattispecie”, essa poteva “essere assimilata, sotto certi riguardi, a una vera e propria fonte di diritto, precipuamente nella branca amministrativa” (la citazione è tratta da E. GUSTAPANE, *Le riviste cit.*, p. 1584).

⁽⁷⁴⁾ Gustapane ricorda “I tribunali amministrativi regionali” (1974) fondata da Ignazio Scotto, il “Giornale di diritto amministrativo” (1995) da Sabino Cassese e il periodico elettronico “Giust.it”, diretto da Giovanni Virga, affiancato poi nel 2000 dal mensile cartaceo “Giustizia amministrativa” (cfr. *ibid.*, pp. 1593 ss.).

⁽⁷⁵⁾ Secondo le *Istruzioni per la preparazione delle sentenze destinate alla pubblicazione*, dettate da Giovanna Visentini e citate da Gustapane, cfr. *ibid.*, pp. 1575 s. nt. 58, 1591.

⁽⁷⁶⁾ La rivista ha promosso anche la pubblicazione della collana *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, cui si è unita nel 1999 l’analogo collana della casa editrice Giuffrè, diretta da Mario Bessone, *Il diritto giurisprudenziale*; sono usciti poi nel 1998 e 1999 l’*Annuario di giurisprudenza costituzionale* a cura di Giovanni Amoroso, Tania Groppi e Giampaolo Parodi, e, sull’esempio delle raccolte francesi, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 2001.

⁽⁷⁷⁾ L. VANDELLI, *L’attenzione per il diritto pubblico straniero*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, LI (2001), pp. 1617, 1621.

dico, sono l'europeizzazione e l'internazionalizzazione del diritto pubblico a cambiare la natura stessa degli studi di diritto pubblico straniero.

A partire dagli anni dell'unificazione e sino a ben dentro la seconda metà del Novecento, si erano studiati gli ordinamenti stranieri e si era fatta comparazione a fini conoscitivi, di raffronto "di affinità e divergenze tra l'ordinamento — o gli ordinamenti — stranieri e quello italiano", o a fini di politica del diritto, per formulare proposte "di 'imitazione' o di 'trapianto' di principi, discipline, istituti giuridici" presenti in sistemi stranieri (p. 1619). E Vandelli teorizza le varie possibili prospettive da cui indagare e ricostruire storicamente gli studi tradizionali di diritto pubblico straniero: gli scritti dei maggiori studiosi, l'opera delle scuole, l'avvicinarsi dell'interesse per i diversi modelli costituzionali ed amministrativi nelle varie fasi storiche, i contenuti delle riviste, i centri di collaborazione tra studiosi di diversi paesi (pp. 1597-1604). Si tratta, beninteso, di semplici enunciazioni di problematiche, angoli visuali, possibili campi di indagine che l'autore può solo accennare e non certo svolgere.

Così come può solo accennare ad alcuni temi di particolare rilievo che hanno sollecitato in questi anni l'attenzione del diritto pubblico italiano sulle esperienze straniere: le relazioni tra organi di governo e dirigenza amministrativa, la distinzione tra politica e amministrazione, tra poteri di indirizzo e controllo e di gestione amministrativa; i rapporti tra organi elettivi e funzionari e tra i criteri di "responsabilizzazione democratica" propri del sistema americano di preposizione all'ufficio dei dirigenti amministrativi e quelli "di imparzialità e professionalità" delle tradizioni europee; le agenzie e le autorità indipendenti; le autonomie territoriali e i modelli regionalistici del federalismo tedesco e dell'autonomismo spagnolo ed il permanere del tradizionale modello francese per le autonomie locali; il procedimento amministrativo e l'accesso agli atti, il bilanciamento tra le esigenze "di garanzia paraprocedurale e di partecipazione" e l'attenzione prestata alle più risalenti tradizioni austriache ed americane ed alle più recenti tedesche e francesi; la giustizia amministrativa e l'avvicinamento del sistema italiano agli altri sistemi europei (pp. 1605-1613).

Ma è proprio nella descrizione di tutti questi temi che Vandelli può indicare i segni di un mutamento storico nella natura del diritto pubblico e di conseguenza negli studi di diritto pubblico straniero e di diritto comparato. L'europeizzazione del diritto pubblico ad opera dell'intervento dell'ordinamento comunitario ed a causa dell'"uniformazione spontanea" agli istituti e regole del "diritto comune 'metaeuropeo'", l'internazionalizzazione del diritto pubblico e la "convergenza tra i sistemi giuridici", assieme al "declino della statualità", determinano la progressiva perdita di identificazione del diritto pubblico con un ordinamento statale distinto e separato nelle fonti e nelle sfere di

efficacia e l'allentamento del legame tra diritto e Stato, specie tra diritto amministrativo e Stato (pp. 1613-1623). E così anche gli studi di diritto pubblico straniero e diritto pubblico comparato cambiano natura, divengono imprescindibile parte costitutiva degli stessi studi di diritto pubblico 'nazionale'.

Ma questo mutamento radicale in corso degli studi pubblicistici (così come ovviamente di quelli privatistici), questo "avvistamento del nuovo approdo comunitario", non paiono determinare, ad avviso di Fabio Rugge — nel saggio sulla presenza della storia nella "Trimestrale" — "un ripensamento sulla storia degli ordinamenti pubblici di questo continente": uno "stimolo a ripensare il 'vecchio mondo' statale con sguardo storicizzante. E ciò malgrado la prepotenza delle suggestioni che in questo senso sembrano provenire dalla crisi dello Stato-nazione" (78).

È una conclusione, quella del Rugge, coerente con i risultati della sua accurata analisi quantitativa interna della presenza della storia nella "Trimestrale", ma che rischia di non cogliere pienamente la variegata realtà attuale delle discipline pubblicistiche. La scelta dichiarata di un angolo visuale tutto interno alla rivista, anche nell'interpretazione dei risultati della ricerca quantitativa ai fini dello studio del ruolo della storia nelle discipline giuspubblicistiche del cinquantennio, ha finito col rendere almeno parzialmente sfocata l'indagine. Se, infatti, l'autore ritiene giustamente che questa ricerca "possa offrire elementi utili a rintracciare la mappa disciplinare del diritto pubblico italiano nell'ultimo cinquantennio" (p. 1626), non tiene però nel debito conto l'avvertenza di Cassese che la "Trimestrale" "non è stata [...] uno specchio fedele del suo tempo" (79). La "Trimestrale" non ci restituisce perfettamente gli itinerari della scienza costituzionale ed amministrativa italiana nel corso del cinquantennio, nonostante abbia "contribuito a far esprimere almeno due generazioni di studiosi sui principali temi e problemi del diritto pubblico" (80). Non si possono indurre dalla sola analisi dei suoi contenuti — con il rischio, tra l'altro, anche di sovra-determinazione ermeneutica di singoli articoli e recensioni — indurre, dicevamo, generalizzazioni sulla posizione occupata dalla storia nella scienza giuspubblicistica, sul ruolo della storia nella definizione dell'identità disciplinare del diritto pubblico del cinquantennio.

La vicenda della "Trimestrale" può assumere senso e darne alla ricostruzione storica dello sviluppo del diritto pubblico italiano solo se inserita nel contesto dell'intera disciplina pubblicistica come una delle sue fonti. La lettura dei contenuti della "Trimestrale" può essere messa

(78) F. RUGGE, *Passato, 'storia' e storiografia nella RTDP, ibid.*, p. 1644.

(79) S. CASSESE, *Presentazione a Indici cumulativi cit.*, p. XI.

(80) *Ibid.*, p. XI.

a fuoco solo in relazione alle vicende complessive del diritto pubblico italiano.

Tenuto conto di queste avvertenze, possiamo passare alla lettura dell'analisi svolta da Ruggie dei contributi storici presenti sulla rivista nell'intero arco del cinquantennio — contributi storici (articoli e recensioni) intesi in senso largo, comprensivi, accanto ai contributi prettamente storiografici, anche degli scritti giuspubblicistici di prevalente contenuto storico, che facciano cioè “riferimento ad autori, eventi, legislazione, giurisprudenza ed altre circostanze antecedenti” ad un anno preciso, il 1945, nella consapevolezza che “l'arbitrarietà del criterio è evidente”, ma anche che quella periodizzazione sembra “offrire un riferimento sicuro quanto condiviso” (p. 1627 s.).

“Nei primi venti anni della Trimestrale gli articoli a contenuto storico si situano tra il 7 e il 10% del totale”, mentre nei trent'anni successivi, al netto delle commemorazioni della prolusione palermitana dell'Orlando pubblicate nel 1989, si aggirano sul 6%; considerando però anche quelli compresi nelle specifiche rubriche dedicate alla storia in questo periodo, salgono quasi all'11. Nel trentennio crescono anche le recensioni che triplicano, passando dal 5% dei primi due decenni a più del 15. Si conferma dunque “una dilatazione dell'interesse per la ‘storia’ a partire dagli anni ‘70”, anche se “l'attenzione alla ‘storia’ ed i riferimenti al ‘passato’ crescono [sì] ma in spazi deputati”, nelle specifiche rubriche storiche cui abbiamo accennato, “che li separano dalla testualità disciplinare — per dir così — autentica rappresentata dagli articoli” (p. 1632).

L'alto numero di articoli “a contenuto storico” registrati nei primi vent'anni — considerevole soprattutto rispetto al numero delle recensioni di argomento storico — si spiega naturalmente con la definizione stipulativa di Ruggie di considerare tali quelli in cui prevalgono i riferimenti legislativi, giurisprudenziali e dottrinali antecedenti al 1945; anche se la prevalenza di contenuti antecedenti al 1945 non manifesta per lo più la prospettiva storica dell'autore, quanto la continuità dell'ordinamento giuridico — ed è Ruggie per primo a rilevarlo (pp. 1633, 1636 s.). Si tratta, dunque, di riflessioni dottrinali su quella che continua ad essere l'attualità scientifica, giudiziale e normativa, specie amministrativa, che ci pare ardito però connotare “come ‘un passato che non passa’” (p. 1633), ricorrendo ad una locuzione usata per connotare il problema della rimozione della responsabilità storica collettiva di una comunità nazionale.

Ed anche quando in questo periodo i giuristi richiamano espresamente la storia sulle pagine della “Trimestrale”, ricorrerebbero, ad avviso di Ruggie, ad un “paradigma ‘concessivo’, che ammette la ‘storia’ ma a condizione che sia distinta dal metodo più propriamente tecnico-giuridico” (p. 1635). È proprio qui, però, che la lettura della giuspubblicistica di quegli anni, condotta esclusivamente dalle pagine della

“Trimestrale”, rischia di diventare opaca perché la rivista non dà sufficientemente conto della crisi in atto, a partire dall’inizio degli anni Sessanta, del tradizionale metodo giuridico e della ricerca di un rinnovamento che coinvolge la nuova generazione di giuspubblicisti ed esponenti di quella più anziana, che si aprono anche allo studio storico degli istituti giuridici. Basta pensare ai lavori, tutti apparsi negli anni Sessanta, di Massimo Severo Giannini dedicati ad un discorso generale sulla giustizia amministrativa, di Sergio Fois sulla riserva di legge, di Lorenza Carlassare sui regolamenti dell’esecutivo e il principio di legalità, di Enzo Cheli sul potere regolamentare e struttura costituzionale, di Giuliano Amato su individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, di Giorgio Berti sui caratteri dell’amministrazione comunale e provinciale, per non dire poi degli scritti espressamente storiografici quali i profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale di Mario Galizia e lo studio su mito e realtà nell’ordinamento amministrativo italiano di Feliciano Benvenuti.

Si tratta di un nutrito gruppo di opere significative, in cui la prospettiva storica caratterizza il metodo dell’indagine giuridica. Ma per Ruge — anche quando, a partire dal decennio successivo, il discorso giuspubblicistico si apre più largamente alla storia nei fascicoli della “Trimestrale” con la collaborazione di storici professionali, il dialogo e lo scambio disciplinare con riviste storiche, la recensione più frequente di opere storiografiche, il ricorso alla storia per l’inquadramento della nuova legislazione e per la comprensione della crisi italiana e l’istituzione, infine, di apposite rubriche storiche — proprio questo incorniciamento dei contributi storici in specifiche rubriche potrebbe continuare a tradire “la difficoltà dell’integrazione nell’ambito disciplinare di questi contributi” (p. 1641). È questa una “difficoltà”, però, che appare minore se consideriamo l’attenzione prestata alla storia da altre riviste giuspubblicistiche come “Quaderni costituzionali” (1981), “Diritto amministrativo” (1993) e “Diritto pubblico” (1995), e poi guardiamo alla giuspubblicistica nel suo insieme; e pensiamo a quanto la prospettiva storica si integri nella riflessione giuridica a partire dagli anni Settanta in libri quali, ad esempio, *Cultura e politica del diritto amministrativo* (1971), *La formazione dello Stato amministrativo* (1974) e *L’amministrazione dello Stato* (1976) di Sabino Cassese, *Autonomia locale e garantismo* (1972) e *Il costituzionalismo del Novecento* (2000) di Giuseppe Volpe, *Giustizia amministrativa* (1976) di Mario Nigro, *Le concessioni amministrative* (1981) di Marco D’Alberti, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo* (1986) di Alberto Massera, *Profilo di storia costituzionale italiana* (1989) di Umberto Allegretti, gli studi storici sulla giuspubblicistica italiana e tedesca (a partire dagli anni ’80) di Fulco Lanchester, le indagini sul potere discrezionale (1989) e sulla formazione del sistema di giustizia amministrativa (1994) di Gaetano Azzariti, i volumi sulla rigidità costi-

tuzionale (1996 e 1997) di Alessandro Pace, sullo sviluppo della forma di governo in Italia (1997) di Stefano Merlini, sul controllo di costituzionalità (1997) di Marco Bignami, sul coordinamento infrastrutturale (1996) di Gian Domenico Comporti e sull'imperatività del provvedimento amministrativo (2000) di Bernardo Giorgio Mattarella, le varie ricerche storiografiche sull'assemblea costituente (a partire dagli anni '70), le riflessioni collettive, anche dei giuspubblicisti, promosse rispettivamente da Paolo Biscaretti di Ruffia, Paolo Grossi, Mario Galizia, Paolo Barile, Giuseppe Morbidelli, Sergio Bartole, Fulco Lanchester e Sabino Cassese su Romano (1977), Mortati (1989 e 1990), Calamandrei (1990), Cammeo (1993), Crisafulli (1994), Lavagna (1996), Giannini (2000) e Tosato (in corso di pubblicazione a cura di Mario Galizia); e tra i manuali, solo per fare alcuni esempi, l'*Interpretazione costituzionale* (1987) di Giorgio Berti, l'*Introduzione al diritto costituzionale* (1994) di Mario Dogliani, la *Storia della costituzione italiana* (1995) di Silvano Labriola, la *Storia breve delle istituzioni italiane* (2000) di Mario Mazziotti di Celso, i volumi del *Diritto amministrativo* di Massimo Severo Giannini (a partire dalla prima edizione del 1970), dove non c'è istituto di cui non si indaghi la prospettiva storica, per giungere ai capitoli storici del *Trattato* del 2000 di Cassese.

Quanto agli anni '90, infine, sarebbe l'irruzione sulla scena delle problematiche europee a distogliere lo sguardo giuspubblicistico dalla storia e a sancire la mancata "contaminazione disciplinare" tra storia e diritto pubblico, pure annunciata da vent'anni e pure richiesta dalla crisi dello Stato-nazione (p. 1643 s.). Sono conclusioni che ancora una volta dipendono da una lettura tutta interna ai contenuti quantitativi della rivista di questo decennio, da un angolo visuale che non può cogliere pienamente la natura dei radicali mutamenti in atto nella giuspubblicistica italiana. La recezione nel diritto pubblico italiano dei principi comunitari, infatti, implica che d'ora innanzi lo studio del diritto costituzionale e amministrativo italiano richieda la comprensione storica delle "tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri" mentovate dall'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea, dei contesti culturali e "degli itinerari storici secolari" dei modelli amministrativi e costituzionali stranieri che hanno di volta in volta ispirato quei principi comunitari, una comprensione storica che diventa necessaria per lo stesso studio dommatico e per la formazione di una comune cultura costituzionalistica ed amministrativistica europea ⁽⁸¹⁾.

Dopo tanta ermeneutica di testi restava da illustrare la sociologia degli autori, rimaneva da rispondere alle istanze biografiche riguardanti gli *Studiosi di diritto costituzionale e di diritto amministrativo*. E il

(81) Come d'altra parte altri autori ricordano in questo stesso fascicolo, cfr. F. LANCHESTER, *I costituzionalisti italiani* cit., p. 1102; P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale* cit., p. 1291; L. VANDELLI, *L'attenzione* cit., p. 1620.

compito che svolgono Francesco Soddu per i costituzionalisti, Marina Giannetto e Giovanna Tosatti per gli amministrativisti, rispettivamente per il periodo 1951-1975 e 1976-2000, e Giuseppina Fois per tutti i concorsi universitari che li riguardano.

Francesco Soddu ricostruisce la storia e la dislocazione degli insegnamenti di Diritto costituzionale, di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto pubblico comparato nelle varie Facoltà universitarie e richiama coloro che in questi cinquant'anni li hanno impartiti, per proseguire poi con una riflessione complessiva sul ruolo di quegli studiosi nella formazione della sfera dell'*Öffentlichkeit*, potremmo dire, ricordando le riviste, i giornali, le iniziative politico-culturali — come il Gruppo di Milano e il Gruppo di San Martino — cui hanno collaborato, il loro impegno nelle istituzioni (dagli enti locali alle Regioni, al CSM, alla Corte Costituzionale, al Parlamento, alle Bicamerali, al Governo, alle *Authorities*, alle commissioni di studio) e le differenti modalità del loro coinvolgimento politico ⁽⁸²⁾.

Passando a dire degli amministrativisti, Marina Giannetto traccia rapidi e incisivi profili biografici dei cattedratici e dei “pratici” (richiamando tra i “pratici”, in specie, le figure di Antonio Sorrentino, Mario Grisolia e Gaetano Azzariti) e ricorda l'opera e le personalità impegnate in uffici e commissioni per la riforma dell'amministrazione, dalla Commissione Forti all'Ufficio per la Riforma burocratica diretto da Roberto Lucifredi, al Rapporto Giannini ⁽⁸³⁾; Giovanna Tosatti evoca con grande efficacia le atmosfere ideali e culturali che dagli anni Settanta hanno ispirato l'impegno collettivo di tanti studiosi speso nei progetti di riforma ⁽⁸⁴⁾. A principiare dalla stagione regionalistica, dall'elaborazione degli Statuti regionali e dei loro commentari, e dalla istituzione della Commissione Giannini per il completamento dell'ordinamento regionale, che nella seconda metà degli anni Settanta coinvolse nei suoi lavori uno stuolo di amministrativisti anche delle ultimissime generazioni, mentre tanti altri studiosi davano vita a “veri e propri poli regionali” impegnati da Firenze a Bologna, a Milano, a Pavia nel progetto di regionalizzazione (p. 1195); e passare poi, negli anni Ottanta e Novanta, alla fase dell'ideazione della riforma complessiva della pubblica amministrazione, con la schiera di giuristi chiamati a partecipare “al lavoro corale” delle quattordici commissioni costituite per l'attuazione del *Rapporto*, elaborato da Giannini come ministro della Funzione pubblica tra il 1979 e il 1980, e nel 1987 a contribuire al progetto finalizzato CNR, diretto da Cassese, *Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione*, articolato in cinque sottopro-

⁽⁸²⁾ F. SODDU, *Gli studiosi di diritto costituzionale*, *ibid.*, pp. 1133-1153.

⁽⁸³⁾ M. GIANNETTO, *Gli studiosi di diritto amministrativo (1951-1975)*, *ibid.*, pp. 1155-1186.

⁽⁸⁴⁾ G. TOSATTI, *Gli studiosi di diritto amministrativo (1975-2000)*, *ibid.*, pp. 1187-1212.

getti, che portò alla pubblicazione di 117 volumi, un “patrimonio conoscitivo” a disposizione del ministero della Funzione pubblica che Cassese fu chiamato ad assumere tra il 1993 ed il 1994; ed infine a collaborare a quella stessa esperienza ministeriale di riforma, che produsse “solo per opera del Dipartimento della Funzione pubblica ben 35 volumi” di studi (p. 1201). Non sono mancati in questi anni neppure i casi individuali di impegno politico diretto, mentre numerosi sono stati gli amministrativisti chiamati a svolgere opera di consulenza presso ministeri e dipartimenti. Un ultimo quarto di secolo, dunque, la cui cifra appare all’attrice il grande fervore progettuale e che lascia all’amministrativistica di inizio millennio un retaggio importante di nuove conoscenze e professionalità, di mutamento di mentalità e di riforma culturale complessiva.

L’“extratesto” pubblicistico, la sociologia degli autori del cinquantennio sarebbero stati privi di un elemento di conoscenza importante per ricostruire le loro biografie di scrittori universitari, se Giuseppina Fois non ci avesse fornito con un lavoro paziente, minuzioso e utilissimo, facendo ricorso a fonti scritte ed orali (p. 1220), i dati di cinquant’anni di concorsi universitari ⁽⁸⁵⁾. Possiamo osservare così la cronologia e la geografia della “riproduzione concorsuale” della giurispubblicistica nell’arco del cinquantennio, con il succedersi delle date, sedi dei concorsi, composizioni delle commissioni, nomi dei vincitori (e non solo dei concorsi a cattedra, ma per assistente ordinario e libera docenza), dai tre concorsi a cattedra (due di Diritto costituzionale ed uno di Diritto amministrativo) banditi dalla fine della guerra al 1951, agli otto in Diritto amministrativo, dieci in Diritto costituzionale e sei in Istituzioni di diritto pubblico, negli anni Cinquanta e Sessanta, indetti in genere da Atenei piccoli, periferici e tradizionalmente “di passaggio”, secondo il sistema delle terne allora vigente e seguendo “i ritmi lenti di una programmazione assai cauta” del reclutamento; all’aumento della frequenza dei concorsi a cattedra all’inizio degli anni Settanta, alla “cesura di continuità” rappresentata dai provvedimenti urgenti del 1973, con l’abbandono del sistema della cooptazione per terne, l’introduzione del sistema misto, dell’elezione prima e sorteggio dei commissari dopo, e la crescita del numero dei posti banditi, sino al recente mutamento radicale con la legge di riforma n. 210/1998, che ha ripristinato i bandi locali e le terne per passare poi alle bine di idonei.

(85) G. FOIS, *I concorsi universitari*, *ibid.*, pp. 1213-1252.

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

CRIMINI DI STATO, FILOSOFIA POLITICA, DIRITTO PENALE

(a proposito di: GIULIANO VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*.)

Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista, Milano, Giuffrè, 2001)

1. Formula di Radbruch e repressione dei delitti di Stato: sul significato di una recente indagine e sulle molteplici prospettive da essa dischiuse. — 2. Diritto positivo o giustizia? Ambivalenze ed anacronismi di un dibattito. — 3. Diritto e "non-diritto": alle radici di un' "etica giuridica". — 4. Esigenze di giustizia e repressione penale dei delitti di Stato: sulla portata del principio d'irretroattività e sui poteri del giudice. — 5. Dalla "riparazione" dei torti alla punizione dei responsabili: un passaggio problematico. — 6. Leggi retroattive e delitti di Stato: una rivisitazione in chiave politico-criminale della formula di Radbruch. — 7. La storia ed i suoi giudici: l' "elaborazione giuridica del passato" ed il contributo della giustizia europea sui diritti dell'uomo.

1. *Formula di Radbruch e repressione dei delitti di Stato: sul significato di una recente indagine e sulle molteplici prospettive da essa dischiuse.*

Coniugare e far interagire tra loro filosofia e storia politica, principi di diritto costituzionale e di diritto internazionale penale (come pure penale internazionale), categorie del pensiero giuridico-penale e concrete esperienze applicative, anche — e soprattutto — all'interno di sistemi solcati da vicende profondamente diverse da quelle proprie del nostro ordinamento, potrebbe sembrare un'impresa, sul piano scientifico e politico-culturale, a dir poco smisurata, sia per le difficoltà di ordine metodologico, sia per quelle connesse alla coerenza e all'organicità della trattazione, sia, infine, sotto il profilo della possibilità di delineare proposte di soluzione concettualmente decifrabili e sistematicamente appaganti.

Era necessaria — è stata necessaria — la penna di un grande Maestro del diritto e della procedura penale italiani (anche se proprio l'opera che andiamo commentando rischia di far apparire una simile attribuzione di competenza a dir poco riduttiva): Giuliano Vassalli.

Come in tutti gli scritti destinati a sottrarsi all'usura del tempo, anche quello in esame aveva tuttavia bisogno di un fondamentale nucleo ispiratore, di una chiave di lettura unitaria, per così dire, capace di raccogliere e convogliare in un quadro di sintesi le molteplici sugge-

stioni, esperienze, elaborazioni sul piano dottrinale e pratico-applicativo germoglianti dalla materia affrontata.

La scelta compiuta dall'Autore si è allora espressa, con felice intuizione, nel prendere a base di riferimento le proposizioni racchiuse in un'opera del 1946 in cui il sommo penalista e filosofo del diritto Gustav Radbruch enunciava la sua celebre "formula": "Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile (o un tale grado di intollerabilità) da far sì che la legge, quale "diritto ingiusto" debba cedere alla giustizia". A tali proposizioni — ricorda Vassalli — lo stesso Radbruch faceva peraltro seguire un'ulteriore chiarificazione dei termini del problema, la quale sarebbe stata successivamente considerata alla stregua di una "seconda formula", dal seguente tenore: "È impossibile tracciare una più netta demarcazione tra casi di torto legale e leggi tuttavia valide malgrado il loro contenuto ingiusto; vi è però un'altra linea di demarcazione che deve essere tracciata con la massima decisione: dove non vi è neppure aspirazione alla giustizia, dove nel porre diritto positivo viene di proposito negata l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, la legge non è soltanto "diritto ingiusto", ma piuttosto sfugge del tutto alla natura del diritto. E infatti il diritto, anche il diritto positivo, non può essere altrimenti definito che come un ordinamento e una posizione di norme che in relazione al proprio stesso significato è destinato a servire la giustizia".

Da un "diritto intollerabilmente ingiusto" a un "non diritto": sulla differenza tra le due formule Vassalli si interroga a lungo, senza cedere tuttavia alla tentazione di un'esegesi fine a se stessa, e cercando invece di cogliere, con la sensibilità suggerita dall'esperienza, le ragioni di fondo del maggior "successo" incontrato, soprattutto (ma non solo) in sede applicativa, dalla c.d. "prima formula": formula maggiormente "elastica", forse, ma, proprio per questo, capace di offrire il destro per una tematizzazione del "grado" e della "misura" di quella "intollerabilità" a confronto con un valore, anch'esso fondamentale ed impreteribile, quale quello della "certezza del diritto". Un valore che lo stesso Radbruch non mancò di richiamare in questo ed in altri dei suoi scritti, e che è destinato a far apparire semplicistica e riduttiva la ripetuta tendenza a collocare la sua riflessione nel novero degli atteggiamenti di radicale ripudio delle ragioni del "positivismo giuridico" e dei suoi riflessi sul piano culturale e politico-istituzionale.

In realtà, la stessa "materia" oggetto dell'analisi — e dalla quale pure il Radbruch prendeva spunto per le sue affermazioni — si annuncia come connotata da tratti peculiari; a tal punto peculiari, come osserva e sottolinea Vassalli, da non aver suscitato — se si eccettuano

alcuni pregevoli studi ad opera di un noto penalista francofortese, Wolfgang Naucke — un'attenzione specifica da parte della dottrina tradizionale.

Si allude chiaramente alla tematica della punizione della “criminalità di Stato”. La “torsione” problematica che tale materia comporta si coglie nello stesso rovesciamento di prospettive che vi è sotteso: lo Stato, le esigenze di tutela di cui questo si fa portatore, sono destinati a “convertirsi” in un'ottica e in una dimensione specularmente contrapposta, nella quale, cioè, lo Stato stesso (*id est*, coloro che ne hanno espresso ed incarnato le scelte e le direttive sul piano normativo e pratico-applicativo) è chiamato ad impersonare il soggetto responsabile, l'“autore” di fatti da considerarsi incompatibili con principi di giustizia e di umanità sottratti al potere “dispositivo” ed ordinante dell'ente sovrano.

Da tale angolo visuale, com'è dato cogliere, del resto, in alcune significative pronunce della Corte costituzionale tedesca (evocanti, tra l'altro, proprio la formula di Radbruch), la riflessione sui principi del diritto penale — primo tra essi, quello della irretroattività delle norme incriminatrici (o, il che è lo stesso, della perdita di valore, ora per allora, di eventuali cause di giustificazione) — non appare più suscettibile di venire condotta e sviluppata secondo un metro di valutazione perfettamente omogeneo a quello consentaneo agli assetti di fondo propri degli ordinamenti liberaldemocratici. L'“involucro” — lo Stato stesso — in cui si iscrivono detti principi non pare più corrispondere al modello ed al “referente”, sul piano politico e costituzionale, che presiede alla tutela dell'“affidamento” — riposto dai consociati — nei confronti degli assetti normativi cristallizzati al momento del fatto. L'“ingiustizia” radicale di quegli assetti, la pretesa di sconvolgere — anche mediante l'atteggiamento compiacente e “servile” del ceto giudiziario e del potere amministrativo — le basi fondamentali che sostengono il riconoscimento dei diritti e delle prerogative inviolabili dell'essere umano, determina una perdita di legittimazione, sul piano giuridico e politico, delle stesse istanze di “garanzia” proprie di un diritto penale collocabile entro una cornice di “normalità” istituzionale.

2. *Diritto positivo o giustizia? Ambivalenze ed anacronismi di un dibattito.*

Certo, ogni medaglia ha il suo rovescio. La negazione della legittimità di sistemi politici — quali quelli, che Vassalli specialmente considera, propri della Germania nazista e soprattutto della Germania dell'Est, prima della riunificazione — potrebbe prestarsi a suggerire anche soluzioni favorevoli all'impunità dei crimini di Stato. È questa la prospettiva che traspare, ad es., dagli scritti di alcuni studiosi tedeschi (tipica al riguardo la posizione di Günther Jakobs) propensi a ritenere

inapplicabili le “leggi del tempo” (il codice penale tedesco del 1871, il codice penale della Germania orientale) per punire coloro che pur vi avevano sovrapposto normative “speciali” e prassi arbitrarie di soppressione di qualsiasi libertà civile e politica. In realtà, tali forme speciali di repressione politica sarebbero da considerarsi a tal punto emblematiche e caratterizzanti siffatti regimi, da far ritenere “caducati” gli assetti ricavabili dalla normativa “ordinaria”: di modo che risulterebbe incongruo appellarsi a quest’ultima per incriminare i soggetti in questione, pena il verificarsi di un contrasto insanabile con il canone dell’irretroattività della legge penale.

Alla base di siffatte posizioni (e di molte altre ancora) contrarie alla possibilità di punire i crimini nazisti ed i crimini commessi nella Germania dell’Est — si pensi agli omicidi perpetrati in occasione dell’attraversamento del Muro di Berlino — è dato scorgere sovente un atteggiamento sfavorevole nei confronti dell’operatività della “formula di Radbruch”. Ma — sottolinea Vassalli — non in tutti i casi tale formula viene considerata radicalmente improponibile. Vi sono infatti pronunce giudiziarie (tipica al riguardo una sentenza della sezione minorile del *Landgericht* di Berlino del febbraio 1992), le quali, lungi dal respingere *tout court*, nel nome di una visione giuspositivistica di stretta osservanza, il ricorso a tale formula, si interrogano, piuttosto, sulla sua praticabilità alla stregua dei medesimi criteri di valutazione ad essa sottesi: ad es., riconoscendo in linea di principio — sul presupposto del mancato superamento del limite di “tollerabilità” connesso alle esigenze di giustizia — l’ammissibilità di una causa di giustificazione pur suggerita dal “clima” politico del momento (in particolare, di quella contemplata nell’art. 27 della “Legge sul confine di Stato della DDR” del 1982, applicabile all’uso delle armi da parte delle guardie di frontiera), e sia pure arrivando ad affermarne, con riguardo alla vicenda storica concreta, il travalicamento dei corrispondenti limiti di proporzione da parte degli autori del fatto. Una soluzione, quest’ultima, che potrebbe apparire in certo qual modo “compromissoria” — anche se meno ambigua e contraddittoria, rispetto a quella evincibile da altre pronunce della stessa Corte di cassazione tedesca, propense ad utilizzare “disgiuntamente” la formula di Radbruch ed il metodo dell’interpretazione “adeguatrice” di norme del passato regime — ma che ha tuttavia il merito di offrire un criterio di valutazione compatibile con i limiti imposti all’autorità giudiziaria, senza peraltro rinunciare ad orientare quest’ultima verso una soluzione conforme all’aspirazione della suddetta “formula” ad evitare (quanto meno) gli esiti di impunità dovuti al sovrapporsi di prassi illegittime e persecutorie a scelte capaci di dimostrarsi “amiche dei diritti dell’uomo”.

Né può dimenticarsi, per altro verso, che, all’interno delle opinioni favorevoli all’utilizzazione della formula di Radbruch, emerge sovente la tendenza a “supportare” tale formula mediante argomentazioni di

diritto “positivo”, dedotte ad es. dall’asserita vigenza di norme di origine interstatale, quali quelle incluse nel fondamentale Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (a suo tempo sottoscritto dalla stessa Germania dell’Est).

È dato assistere, in ultima analisi, al congiunto operare di suggestioni di impronta “giusnaturalistica” (o, più esattamente, “neogiusnaturalistica”, in conformità alle stesse posizioni espresse dal Radbruch, ben più complesse ed articolate rispetto alla pretesa fondativa di un “diritto naturale” immune dalla dimensione storica e socio-culturale sottesa agli ordinamenti positivi), di “mediazioni” e correttivi sul piano ermeneutico ispirati all’esigenza di rendere “conforme allo scopo” l’interpretazione delle norme giuridiche, di influenze e richiami alla tutela fondamentale dei diritti dell’uomo, quale andrà affermandosi in Dichiarazioni e Convenzioni internazionali volte a dare veste “giuridica” ad istanze etiche e a sistemi di valore ormai emancipatisi dal limbo di una “coscienza sociale internazionale” per l’innanzi priva di riscontro in testi normativi dotati di un potenziale assiologicamente “eccedente” e superiore rispetto alle determinazioni del legislatore statale.

Ed in tale prospettiva, viene altresì spontaneo andare con la mente a quel multiforme irradiarsi, sulle scelte degli organi giudiziari, delle sollecitazioni derivanti (non soltanto dalla “classica” fonte di origine legislativo-parlamentare, ma anche) dall’opera di impulso, di armonizzazione, di completamento dell’attività propria delle singole istanze nazionali ad opera dell’incessante produzione, a livello *lato sensu* normativo e giurisprudenziale, imputabile agli organi dell’Unione Europea: una produzione nel segno, non già della predisposizione di confini normativi rigidi e tendenti ad una cristallizzazione di rapporti e di scelte di tutela, bensì della costante necessità di un raffronto tra diritto positivo interno e limiti e condizionamenti di fonte sovranazionale, di progressivi “adattamenti” e continue “correzioni di rotta”, per così dire, nell’attività sul piano normativo, amministrativo, giudiziario, con l’orientare e dirigere — specialmente quest’ultima — verso percorsi ermeneutici capaci di recepire le suggestioni ed il potenziale innovativo insiti in una siffatta interazione e confronto dialettico, e rispetto ai quali i singoli sistemi nazionali dovranno sempre più impegnarsi a favorirne e a propiziarne la maturazione quanto a contenuti giuridici e ad aperture sul piano politico-culturale.

3. *Diritto e “non-diritto”: alle radici di un’“etica giuridica”.*

D’altro canto, le predette tendenze evolutive — prima ancora che alla stregua dell’innovativo confronto con la dimensione transnazionale dell’esperienza giuridica — si sono da tempo manifestate, com’è ben noto, all’interno delle complesse operazioni di “bilanciamento” tra contrapposti valori e programmi di tutela devolute alla competenza

degli organi di giustizia costituzionale. E non è un caso che proprio Vassalli, nel contesto della sua ricca indagine, giunga a toccare ripetutamente un simile fondamentale profilo. Esemplare al riguardo si rivela l'attenzione dedicata alle opere di alcuni insigni studiosi di diritto costituzionale, tra i quali spicca per importanza la figura di Robert Alexy, cui va accostato l'impegno scientifico di un nostro autorevole costituzionalista, Gustavo Zagrebelsky.

Lo sforzo di Alexy si esprime, per l'appunto, nel confutare l'idea — sostenuta con particolare vigore da Herbert Hart — che alla base della formula di Radbruch venga a collocarsi un'ingenua ed improponibile commistione tra diritto e morale. In particolare, deve ricordarsi come in un notissimo scritto, riguardante “Il positivismo e la separazione tra diritto e morale”, il pensatore inglese si fosse proposto di dimostrare, non soltanto l'illogicità, ma anche il carattere “elusivo” ed artificioso, per così dire, della formula escogitata dall'illustre criminalista e filosofo del diritto a proposito del giudizio circa la rilevanza dei crimini nazisti. Questo il passo centrale dello scritto, che conviene riportare integralmente: “Se noi adottiamo il punto di vista sostenuto da Radbruch, e con lui e con i tribunali tedeschi eleviamo la nostra protesta contro le leggi inique, asserendo il principio che esse non possono ritenersi giuridiche proprio a causa della loro iniquità, noi in effetti finiamo col rendere confusa una forma di critica morale, che deve alla sua semplicità la maggiore efficacia. Se noi vogliamo parlar chiaro, alla maniera degli utilitaristi, allora dobbiamo dire che le leggi possono essere sì giuridicamente valide, ma che se esse sono inique, lo stesso non vanno osservate. E questa è una forma di protesta morale, che è comprensibile a chiunque, e che sollecita dalla coscienza morale una pronta e sicura adesione. Ma se al contrario noi avanziamo le nostre obiezioni con l'argomentare che certe iniquità non possono essere considerate come diritto, la nostra asserzione è una di quelle, a cui molta gente non è disposta a dar credito, e quand'anche fosse disposta a prenderla in considerazione, è probabile che prima di convincersi solleverebbe una quantità di questioni d'ordine filosofico. Cosicché, in conclusione, il più importante insegnamento che possa derivarsi da questa forma di critica della distinzione fatta dagli utilitaristi, è forse proprio quello che volevano impartirci gli utilitaristi stessi: e cioè, che quando noi disponiamo delle vaste risorse del parlare comune, si faccia a meno di avvolgere la nostra critica moralistica delle situazioni nelle vesti di una disputabile filosofia”.

Orbene, la critica di Alexy a tali affermazioni mira essenzialmente a riportare il pensiero di Radbruch ad una dimensione propriamente “giuridica”, e non già esclusivamente “morale” o sovrapositiva.

La pretesa di Hart di identificare *tout court* il tenore della norma scritta con ciò che deve considerarsi “diritto” (e per giunta, diritto valido) sembra viziata da una petizione di principio. Il ripudio di

un'ottica rigorosamente giuspositivistica non può andare disgiunto — riconosce Alexy — dall'ammettere "il carattere etico del problema"; ma una siffatta ammissione non si rivela incompatibile con la contestuale affermazione secondo la quale "nei casi di ingiustizia estrema il problema etico è nel contempo un problema giuridico. Il fatto che nei casi di estrema ingiustizia non ci si arresti al punto di vista morale ma si muova in direzione del diritto, non significa occultare il problema ma dar voce ad una tesi sostanziale. Questa può essere criticata solo con argomenti sostanziali e non con l'argomento formale della [maggiore] chiarezza" e determinatezza della regola codificata.

Spira aria di "diritto mite"! O meglio, di un diritto "forte" quanto agli esiti (anche repressivi) cui è destinato a condurre, ma flessibile nelle valutazioni, aperto alle influenze dei "principi", capace di elevare i dettami della giustizia al rango di direttive giuridiche di portata più ampia rispetto ad una dimensione puramente "legalistica" dei referenti e dei parametri di valutazione cui l'organo giudicante dovrà conformarsi. Alexy non nega, d'altronde, che, secondo le leggi già vigenti nella Germania dell'Est (ed alle quali, giusta l'Accordo di riunificazione tedesca — come ricorda lo stesso Vassalli — i giudici avrebbero dovuto uniformarsi) i fatti commessi non potevano considerarsi illeciti, in quanto giustificati. Ma sottolinea, al contempo, che un simile riconoscimento, lungi dal risolvere il problema, è destinato a rappresentare esclusivamente la premessa per una sua corretta impostazione. Contrariamente a quanto sostenuto da Hart, l'ingiustizia estrema insita nell'operatività della predetta scriminante sarebbe destinata, per vero (ben oltre qualsiasi discussione in ordine al rispetto o meno del canone dell'irretroattività) a conferirle i connotati di un "non-diritto", sin dal momento della sua introduzione; ed uno Stato fondato su una così radicale ingiustizia non potrebbe aspirare a veder asseverata, perfino dopo il suo abbattimento, la validità delle proprie norme, pena la trasformazione dei colpevoli in vittime, e viceversa. L'unica strada per arrivare all'impunità — conclude l'Autore — sarebbe stata quella dell'eventuale esclusione di un rimprovero di colpevolezza, in ossequio, ancora una volta, ad una logica di "bilanciamento" tra i differenti profili di valutazione implicati nelle singole vicende (tra i quali, in particolare, la situazione di totale e "cieca" sottomissione in cui versavano gli imputati), al fine di pervenire, anche sotto questo aspetto, ad una soluzione finale pienamente conforme ai dettami della "giustizia".

4. *Esigenze di giustizia e repressione penale dei delitti di Stato: sulla portata del principio d'irretroattività e sui poteri del giudice.*

Tra le pieghe del complesso argomentare dei singoli autori — e dello stesso Vassalli — è dato scorgere, peraltro, un risolto problema-

tico che rappresenta, a ben guardare, il succo e la cifra qualificante delle questioni esaminate.

Il recupero delle considerazioni di “giustizia” al ruolo ed alla dimensione caratterizzanti le valutazioni di ordine propriamente “giuridico” è destinato a svolgersi, non tanto attraverso l’enucleazione “in positivo” dei contenuti specificamente ricollegabili alla nozione di giustizia, quanto piuttosto “in negativo”, per così dire, identificando, cioè, nell’“ingiustizia” di determinate previsioni normative la perdita di legittimazione e di significato vincolante dei relativi enunciati nei confronti dell’organo giudicante. In termini “popperiani”, potremmo dire che è il momento della “falsificazione” della plausibilità degli enunciati normativi a far emergere la soluzione maggiormente conforme alle esigenze applicative: la giustizia si nutre e si alimenta di questa dimensione “critica” nei confronti dello *ius scriptum*, giunge ad esaltarsi e a legittimarsi come modello “alternativo” di soluzione dei casi pratici di fronte ad un sistema normativo incapace di corrispondere alle aspettative di una coerente e razionale regolamentazione giuridica. È nella logica del “conflitto”, in ultima analisi, che la tormentosa ricerca di una scelta pragmaticamente conforme alle “richieste” della situazione a regolare, si rivela idonea a stagliare e a rendere riconoscibile la fisionomia dei partecipanti alla contesa: da una parte, la “legge”, che non è detto si riveli sempre adeguata a fornire una risposta “giuridicamente” soddisfacente, dall’altra (proprio ed appunto) il “diritto”, che, se per certi versi non si identifica con la legge, per altri ne incarna invece in maniera ancor più profonda i contenuti precettivi, perché è destinato a rappresentare la legge “giusta”, *id est* quella capace di additare il criterio di giudizio maggiormente consentaneo alle vicende concrete.

Il tema rischia di portare lontano; e non è certo nostro proposito quello di impegnarsi in una riflessione giusfilosofica di ampio respiro, per la quale mancherebbero le forze e la competenza necessaria.

E del resto, è proprio Giuliano Vassalli che, dal piano alto delle speculazioni e delle riflessioni svolte a più riprese in questo suo indimenticabile scritto, a condurci per mano su di un terreno maggiormente consentaneo alla ricerca di soluzioni adeguate alle caratteristiche peculiari della materia dei “crimini di Stato”.

Pur condividendo nella sostanza l’ispirazione posta alla base della “formula di Radbruch” — e pur sottolineando l’infondatezza delle obiezioni volte a porne in dubbio il carattere sufficientemente “determinato”, e, per ciò stesso, la capacità di prestarsi a fornire un criterio “giuridico” di valutazione delle vicende esaminate — egli non manca di sollevare alcune perplessità di fondo, che colpiscono il lettore per la loro straordinaria acutezza, ed, al contempo, per la chiarezza e linearità degli argomenti con i quali ne vengono illustrate le sottostanti motivazioni.

A tale riguardo, la riflessione di Vassalli si snoda attraverso due

passaggi fondamentali, dei quali il secondo, in particolare, viene a lasciare spazio ad una soluzione finale ispirata a rigore sistematico e a sensibilità sul piano politico-criminale.

Da un punto di vista generale (ed eccettuando i casi in cui sia possibile devolvere il giudizio ad una Corte penale internazionale, secondo una tendenza che, alla luce della notissima Convenzione di Roma del 1998, sembra in via di progressivo consolidamento, almeno per i crimini di maggiore gravità) le soluzioni ipotizzabili per colpire i delitti di Stato sono, a parere di Vassalli, sostanzialmente tre: o l'introduzione di leggi penali retroattive (com'è accaduto, del resto, in misura massiccia, anche nel Dopoguerra italiano), o il richiamo *tout court* ad un diritto extrapositivo (com'è sovente accaduto nell'esperienza tedesca, sia con riguardo ai crimini nazisti che a quelli commessi nella Germania dell'Est) in nome di esigenze di giustizia da ritenersi operanti senza vincoli o limitazioni, od, infine, un'accorta interpretazione del diritto vigente nell'epoca (il riferimento è soprattutto ai crimini commessi nella Germania dell'Est) in modo da poter colpire "fatti rimasti impuniti per non essere stati scoperti o per essere coperti in modo illegale dal potere politico che li aveva promossi o consentiti".

Di fronte a questa triplice alternativa, Vassalli manifesta, in prima battuta, una cauta preferenza a favore della terza soluzione, d'altronde evincibile — come egli stesso ricorda — da alcuni suggerimenti offerti dalla giurisprudenza tedesca dopo la riunificazione delle due Germanie (v., *retro*, par. 2). In particolare, sottolinea l'Autore, la soluzione consistente nell'offrire al giudice, in nome di un "diritto naturale" del tutto privo di avalli normativi, un autonomo potere decisorio, vuoi "per carenza di leggi *ad hoc*" (come avvenne dopo la caduta nel nazismo) vuoi "per il rifiuto di darvi applicazione in quanto ritenute contrastanti con superiori ed inderogabili principi" (come accadde sovente dopo il crollo della Germania dell'Est), rischia di esaltare le attribuzioni del potere giudiziario fino al punto di esimerlo dal rispetto del divieto di retroattività, e di indurre a considerarlo, novello despota, alla stregua di un soggetto *legibus solutus*.

A tale proposito, l'Autore non manca tuttavia di ricordare le opinioni — radicalmente divergenti — di alcuni illustri studiosi della materia, quali lo Schreiber e la Frommel: l'uno favorevole, in effetti, a porre limiti invalicabili al potere giudiziario, e volto, piuttosto, alla ricerca di un "bilanciamento" tra la necessità di osservare le leggi di uno Stato (pur) estinto (quale la DDR) ed il compito di fornirne un'interpretazione sensibile ai valori umani ed al riscontro (di per sé tutt'altro che impossibile, anche se non sempre agevole) di un coefficiente di colpevolezza nella commissione del fatto; l'altra, invece, propensa a sostenere una soluzione di contrario tenore, volta, cioè, a negare *tout court* l'"inclusione" dell'attività giudiziaria nella logica sottesa al principio di irretroattività, al fine di evitare il rischio di privare l'organo

giudicante della possibilità di interpretare le leggi in senso difforme dal passato, rendendolo in tal modo vincolato all'osservanza di indirizzi ed orientamenti segnati dal marchio dell'ingiustizia e dell'arbitraria compressione delle libertà civili e politiche.

Nonostante la suggestione promanante da quest'ultima impostazione, Vassalli ne contesta la fondatezza sulla base di argomentazioni davvero insuperabili: il principio di irretroattività "nasce" e si consolida (all'interno delle codificazioni penali) proprio in vista dell'obiettivo di impedire al giudice l'applicazione della legge in senso retroattivo; e soltanto in un momento successivo, grazie all'inclusione del relativo divieto nei testi costituzionali, il principio in questione assumerà le caratteristiche di un vincolo nei confronti dello stesso legislatore — arricchendosi in tal modo di un *ulteriore* profilo di garanzia — senza peraltro dismettere, sotto le vesti di un'inconcepibile "sostituzione" del legislatore al giudice, il contenuto di civiltà sul piano giuridico e politico ad esso originariamente sotteso.

Ma v'è di più. Attraverso un'analisi approfondita del Trattato di riunificazione tedesca (e delle conseguenti modificazioni introdotte a livello di legislazione ordinaria) Vassalli si preoccupa di sottolineare la difficoltà di pervenire alla punizione dei delitti commessi sotto il regime della Germania Orientale. Ed invero, il predetto Accordo, mentre reca indicazioni espresse in merito "a quello che è il primo settore della resa dei conti giuridica e giudiziaria con il passato: riabilitazioni, riparazioni, impugnazione delle decisioni ritenute ingiuste", appare invece silente proprio in relazione alla "punizione dei torti, che in fondo doveva essere considerato il tema più scottante, come l'esperienza successiva" avrebbe poi ampiamente dimostrato. La scelta evincibile da un simile assetto normativo appare dunque, a volerne scandagliare il senso complessivo, non già quella di colpire i suddetti crimini, quanto, piuttosto, ed al contrario, di rinunciare a punirli, e sia pure "a malincuore" — conclude sconcolato Vassalli — in nome di valutazioni di opportunità politica connesse alle "esigenze dell'unificazione" tra i due Stati.

5. *Dalla "riparazione" dei torti alla punizione dei responsabili: un passaggio problematico.*

Prendere atto delle difficoltà or ora menzionate (come pure di quelle, strettamente connesse — e per certi versi non prive di perdurante attualità, sia pure in tutt'altra prospettiva — concernenti la punizione dei giudici autori di condanne "ingiuste", circa le quali rinviando alle profonde osservazioni dell'Autore) non significa, tuttavia, rassegnarsi a lasciare nuovamente il campo libero ad un dibattito, sul piano giuridico e politico, divenuto col tempo sempre più lacerante e sofferto; e, soprattutto, avaro di soluzioni sufficientemente meditate, e

molto più propenso, viceversa, a subire le suggestioni ed i condizionamenti dell'opinione pubblica e di quanti (politici e non) vengano ad essere di volta in volta investiti — o, più spesso, si siano essi stessi attribuiti, non sempre per servire un'etica della responsabilità — disgiunta da interessi personali o da pressioni contingenti — del compito di interpretarne gli umori, di orientarne i giudizi, di rappresentarne le aspirazioni e l'ansia di "giustizia": con esiti finali, peraltro, non di rado sproporzionati (per difetto) al vigore delle polemiche, quale quello — pressoché immancabile, laddove ai proclami e alle dichiarazioni di principio non faccia seguito un impegno corrispondente alla serietà del problema — consistente nella proposta di fare ricorso ad un provvedimento di amnistia al fine di "chiudere" una volta per tutte i conti col passato.

Il nostro Autore, come si diceva, è ben lontano dal sottoscrivere e dal legittimare simili tendenze, e, a conclusione della propria indagine — ispirata ad equilibrio e ad illuminata comprensione per le altrui opinioni e per le esigenze che vi sono sottese — reputa necessario riunire finalmente le "membra sparse" di una tematica così vasta ed articolata, e prospettare una soluzione aliena da compromessi e da pericolosi "sincretismi" valutativi.

Il problema centrale della punizione dei crimini di Stato — ribadisce Vassalli — è quello concernente l'applicazione di leggi con effetto retroattivo. E qui non si tratta più soltanto di predisporre, com'è avvenuto con l'Accordo di riunificazione tedesca, misure di carattere "riparatorio", "ripristinatorio", "risarcitorio", od altre forme di riabilitazione e di "compensazione" di vittime innocenti o di rimozione degli effetti di decisioni ingiuste ed arbitrariamente compressive delle libertà fondamentali. Si tratta invece di confrontarsi, per l'appunto, con l'eventualità che "la legge dichiarata invalida per intollerabilità o ingiustizia estrema [fosse] una legge che autorizzava od esigeva la commissione di crimini e il nuovo ordine" miri invece a far sì "che quei crimini siano puniti". "Qui potrebbe esservi un vuoto" — prosegue Vassalli — "che né il mero giudizio di intollerabilità né il richiamo a leggi precedenti basta a colmare": "può bastare la intollerabilità a far rivivere un diritto preesistente alla legge che prevedeva l'impunità e che è stata dichiarata invalida? O, addirittura, si può creare con il solo giudizio della giurisprudenza un diritto per punire quei crimini che prima non erano puniti?".

La risposta dell'Autore non si fa attendere. In presenza di leggi punitive, una deroga ed una limitazione così radicali al principio di irretroattività non può ritenersi giustificata.

O, per meglio dire, ed affrontando il problema in chiave generale, l'Autore ritiene di dover prospettare al riguardo soluzioni non del tutto coincidenti tra loro, in funzione dei diversi assetti configurabili in

ordine alla potestà giurisdizionale di volta in volta attribuibile all'organo giudicante.

In una prima ipotesi, ricollegabile, ad es., ai casi in cui sussistano determinate previsioni contenute in Convenzioni od Atti internazionali (quali quelli istitutivi delle Corti internazionali penali o degli organismi a tutela dei diritti umani), queste dovranno applicarsi, grazie al vincolo contratto a livello interstatuale, secondo le regole (e le deroghe) in tema di validità della legge nel tempo sancite in simili strumenti convenzionali, a prescindere dalla disciplina in tema di diritto intertemporale desumibile dal singolo ordinamento destinatario della pretesa punitiva.

In una seconda ipotesi — e cioè al di fuori della predetta influenza di profili di collegamento dipendenti dai rapporti tra più Stati — “il principio di irretroattività delle leggi punitive” — osserva Vassalli — è destinato invece a valere “senza limiti all'interno dello stesso Stato nel quale si trova sancito”; ed invero, “esso — rappresenti o meno un vero e proprio “diritto dell'uomo”, come generalmente si ritiene — riposa ad ogni modo sul principio di affidamento, cardine degli Stati di diritto”.

Infine, laddove si sia di fronte ad un fenomeno di “successione” tra Stati (anche per effetto di un’“incorporazione”, quale quella avvenuta a seguito della riunificazione tedesca), verrà a delinearsi una problematica in certa misura “intermedia” rispetto a quelle finora considerate. Mentre, da un punto di vista “formale”, l'eventuale divieto di retroattività presente nello Stato (ormai) abilitato alla repressione dovrebbe considerarsi applicabile a tutti i cittadini, dal punto di vista sostanziale ci si potrebbe ragionevolmente domandare “quale mai affidamento avesse ricevuto il cittadino dello Stato estinto di non essere mai punito in futuro in forza di leggi di uno Stato nuovo o diverso”. E tuttavia, sarebbe buona regola — conclude Vassalli — quella di prevedere in forma esplicita una disciplina di diritto intertemporale, al fine di scongiurare incertezze, di prevenire critiche ed obiezioni, di garantire soluzioni uniformi e dotate di una “base giuridicamente valida e sicura”.

6. *Leggi retroattive e delitti di Stato: una rivisitazione in chiave politico-criminale della formula di Radbruch.*

Ecco allora delinearsi, in conclusione, il percorso e la direttrice di marcia verso i quali l'Autore suggerisce di incamminarsi. Un percorso — peraltro anticipato da alcune esperienze postbelliche (in Italia, in Austria, in Francia, nei Paesi satelliti dell'Unione Sovietica), come pure da vicende a queste successive (quali quelle collegate agli assetti venutisi a determinare in tali ultimi Paesi dopo la fine dell'egemonia comunista) — che Vassalli si preoccupa, a questo punto, di tratteggiare con ben altra coerenza e rigore sistematico rispetto agli esiti risultanti da simili

esperienze e dai tentativi dottrinali di accreditarle sviluppatasi fino ai giorni nostri.

La proposta, per l'appunto, è quella di legittimare l'introduzione di leggi penali retroattive al fine di poter procedere, con una "trasparenza politica maggiore rispetto a quella propria della giurisprudenza", all'esercizio della potestà giurisdizionale nei confronti dei crimini di Stato. Una scelta siffatta, tuttavia — ed è questo il fulcro centrale del messaggio consegnatoci dall'illustre studioso — non potrà non avvenire attraverso una disciplina accuratamente meditata, e, soprattutto, teleologicamente conforme alla particolare natura dei delitti di Stato: il che sarà possibile, unicamente laddove venga ad attuarsi, in primo luogo, una rigorosa "selezione" dei delitti da perseguire, facendo tesoro, tra l'altro, proprio delle suggestioni promananti dalla formula di Radbruch a cui il volume è dedicato. Il criterio dell'"intollerabilità" dell'ingiustizia, se può apparire discutibile, per le ragioni precedentemente esposte, al fine di colpire simili fatti attraverso un ampliamento dei poteri del giudice, si rivela invece consigliabile — ed anzi, quanto mai efficace sul piano politico-criminale — laddove vi si faccia invece ricorso allo scopo di "sceverare tra i misfatti del precedente regime quelli che meritano una sanzione penale (e dunque hanno bisogno di una legge penale retroattiva), quelli che possono trovare adeguata risposta in una sanzione amministrativa o civile e quelli che possono, per un motivo o per un altro, essere lasciati senza seguito"; del resto, aggiunge l'Autore, "è assai più proprio dell'opera legislativa che di quella della giurisprudenza il lavoro di selezione imposto da un qualsiasi serio tentativo di elaborazione giuridica del passato".

7. *La storia ed i suoi giudici: l'"elaborazione giuridica del passato" ed il contributo della giustizia europea sui diritti dell'uomo.*

"Elaborazione giuridica del passato": un'espressione davvero inimitabile! La storia che ritorna come fatto giuridico attraverso un diritto capace di "elaborare" e riplasmare la storia stessa.

Non è possibile dimenticare (e Vassalli lo sottolinea, soffermandosi, tra l'altro, e sia pure in un diverso contesto, sulla colpevole inerzia da parte delle autorità giudiziarie italiane nella persecuzione dei crimini di guerra: un argomento scottante, ed al quale sono stati dedicati anche libri recentissimi); ma, per non dimenticare, è necessario riappropriarsi della dimensione storica in termini consentanei con le esigenze del diritto, e del diritto penale in particolare: senza inammissibili atteggiamenti di indulgenza, ma anche senza cedere alla tentazione di lasciare in balia di scelte scarsamente meditate la gestione ed il trattamento punitivo di simili delitti, nonostante la loro estrema gravità, sia sotto il profilo del disvalore intrinseco, sia per il contesto nel quale vennero perpetrati.

Né si potrebbe escludere — sottolinea ancora Vassalli — la necessità di procedere ad alcune limitate modifiche allo stesso testo della Carta costituzionale, al fine di rendere compatibili con quest'ultima determinate (ed estremamente circoscritte) eccezioni alla regola dell'irretroattività; con un occhio rivolto, altresì — né potrebbe essere diversamente — alle evoluzioni intervenute a livello di normative internazionali e sovranazionali, dove il richiamo al principio di irretroattività mostra da tempo un volto ed una dimensione maggiormente elastici e “cedevoli”, per così dire, proprio in ragione della gravità di fenomeni difficilmente conciliabili con la rigida osservanza del predetto principio.

Ed a tale riguardo, non può infine dimenticarsi come in uno scritto successivo a quello in commento (*), lo stesso Vassalli si preoccupi di sottoporre ad un esame analitico alcune importanti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, rese appunto in occasione di ricorsi presentati da soggetti appartenenti alla Ex-Germania dell'Est. Invero, nonostante che le censure prospettate dai ricorrenti — ed il tenore della risposta fornita dalla Corte — si muovano entro i confini segnati dal canone dell'irretroattività, appare significativo lo sforzo del giudice europeo di ricondurre la suddetta regola entro i suoi “giusti” confini di legittimazione, sia sotto il profilo oggettivo, che sotto quello soggettivo-personale di imputazione del fatto. Ed è proprio su questo ultimo aspetto, che, aprendo la strada ad ulteriori motivi di riflessione, Vassalli ritiene opportuno soffermarsi in maniera particolarmente approfondita. L'irretroattività “non va vista asetticamente, come divieto freddo e assoluto ma va riportata alla sua radice, che è quella di una libertà consapevole”, di una “prevedibilità” delle conseguenze suscettibili di venire ricollegate al proprio agire: è un *principio di responsabilità* — si potrebbe osservare — che, se potrà essere invocato a proprio favore da quanti non fossero in grado di cogliere appieno il disvalore della propria condotta, non potrà, viceversa, costituire un passaporto d'impunità per coloro che fossero stati consapevoli di commettere un crimine inumano, in quanto tale destinato ad apparire in radicale contrasto con il “vissuto” e l'esperienza da presumersi ragionevolmente in possesso dello stesso autore dell'illecito.

Si tratta — com'è agevole constatare — di una prospettiva non del tutto coincidente con quella precedentemente esaminata: e che evoca per assonanza alcune suggestioni provenienti dall'esperienza anglosassone, propensa a collegare il problema della retroattività penale a valutazioni fondate sul principio di colpevolezza (anche se il nostro Autore non manca di riconoscere pur sempre la posizione “preliminare” delle questioni inerenti all'irretroattività — per quanto colte in una

(*) *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte europea*, in *I diritti dell'uomo*, 2001 (1), p. 5.

dimensione più accentuatamente “soggettivistica” — rispetto alla ricerca dei contenuti caratterizzanti tale ultimo principio). Ma non è certo priva di significato la circostanza che l’insigne giurista ne abbia voluto far menzione in questo suo ulteriore contributo (senza peraltro aver tralasciato di farvi un cenno anche nella sua opera maggiore), al fine di arricchire il quadro emergente dall’esperienza dei crimini di Stato e delle soluzioni avanzate per poterne consentire un’adeguata (e “giusta”) punizione.

La versatilità dell’ingegno, la passione civile e politica, il sentimento giuridico e l’ansia di giustizia si nutrono di inquietudine, di slancio prospettico, di continue aperture su nuovi ed inesplorati orizzonti: è questa la Lezione più profonda — ne siamo persuasi — che Giuliano Vassalli ha voluto trasmetterci con questo splendido Suo affresco, ricco di temi e di scenari destinati a protendersi ben oltre quell’“ermo colle” dietro il quale troppo spesso lo sguardo del giurista è solito arrestarsi, rinunciando ad osare.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

DROIT COMPARÉ ET HISTOIRE DU DROIT

(A proposito di PIERRE LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. "Que sais-je?", 1999 et SABINO CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, coll. "Cleps", trad. fr. Jeannine Morvillez-Maigret, 2000)

Dans un petit livre, richement argumenté et volontairement provocateur par son beau style incisif, Pierre Legrand a proposé sa vision du droit comparé, en faisant appel à l'histoire dès ses premiers mots ⁽¹⁾, et sa stimulante profession de foi a le grand mérite de relancer, de manière magistrale, les débats entre historiens et comparatistes sur l'évolution du droit en Europe. Bien qu'il reconnaisse, d'entrée, l'influence de la tradition juridique romaniste sur le *common law*, Pierre Legrand considère que "le mouvement de pensée qu'on a affublé de l'épithète *jus commune* n'a jamais conquis le *common law* anglais" (p. 4), parce que les droits continentaux et le *common law* appartiennent à "deux registres épistémologiques spécifiques et incommensurables l'un avec l'autre" (p. 39): d'une part, le monde codifié du droit législatif qui "arrive à sa date" et, de l'autre, l'antithèse du *common law*, une coutume qui n'a pas de date et "s'offre comme connaissance tacite" (p. 83-84). En présence de l'existence de telles "antinomies" entre droit civil et *common law*, les tentatives de rapprochement, au nom d'une prétendue universalité des droits, seraient vouées à l'échec et sont accusées par l'auteur de "terrorisme intellectuel" (p. 101) et politique: ainsi le récent Code civil du Québec (1994), "profondément marqué par son incivilité", qui serait fondé sur "l'exclusion" pour avoir voulu imposer l'hégémonie juridique de la seule communauté québécoise francophone (p. 54-55).

Dénonçant "l'inadéquation de l'analyse comparative du droit telle que l'ont pratiquée avec complaisance l'ensemble des comparatistes européens depuis plusieurs décennies" en juxtaposant une description

⁽¹⁾ "Portant un regard sur le passé, le comparatiste repère une configuration juridique européenne ayant favorisé l'avènement de deux structures cognitives ou de deux formes de la connaissance du droit, chacune, dans sa précarité historique, avec ses principes propres de mémorisation, de reproduction et d'extension: d'une part, la tradition romaniste, de facture nomothétique, et d'autre part, la tradition de *common law*, d'allégeance idiographique" écrit Pierre Legrand à la p. 3 qui débute cet ouvrage.

rapide des divers droits européens, Pierre Legrand appelle de ses vœux une “confrontation radicale avec l’altérité dans le droit” (p. 9). Pour lui, le comparatiste est un “interprète” qui cherche à se faire une “représentation” ou une “lecture” d’un droit étranger en allant par l’interdisciplinarité au-delà des textes juridiques vers la “contextualisation culturelle”. L’analogie avec la démarche de l’historien du droit qui tente de comprendre le droit “de l’intérieur” est suggérée par Pierre Legrand lui-même, sous la forme de ce que nous comprenons comme un critique des conceptions classiques de l’histoire du droit (notamment de la *Dogmengeschichte*): “lorsque le droit chercherait à se comprendre en engageant le dialogue avec l’histoire, il générerait une conversation avec lui-même, sans jamais sortir de lui-même” (p. 20). En s’appuyant implicitement sur Max Weber, Pierre Legrand propose néanmoins au comparatiste une méthodologie de compréhension du droit en tant que phénomène culturel qui devrait concerner aussi l’historien: “la comparaison, dans sa démarche même, poursuit l’objectif de faire ressortir le divers dans le droit et de justifier le divers” (p. 36). Le comparatiste est appelé à “protester vigoureusement contre l’axiomatisation de la ressemblance, contre l’impérialisme du Même” (p. 37) pour comprendre, au-delà des contingences techniques et des difficultés de traduction ⁽²⁾, l’essence de pratiques et d’expériences fondamentalement différentes. La conclusion de Pierre Legrand est que “la comparaison des droits sera culturelle ou ne sera pas” (p. 119).

Sans vouloir polémiquer avec ce livre original, appuyé sur de solides références dans le domaine des sciences humaines comme dans celui du droit, il nous paraît utile que les historiens du droit participent à ce débat qui, à l’heure de progrès décisifs dans l’Union européenne, préoccupe tous les juristes du vieux continent. Dans le même format de poche, l’étude comparative de Sabino Cassese sur les traditions française et britannique en matière administrative nous fournit des éléments afin de poursuivre un dialogue, amical et ouvert, avec Pierre Legrand. Le projet de Sabino Cassese est, en effet, “d’associer histoire et comparaison, car si *history involves comparison* (selon la phrase connue de Maitland), *comparison involves history*” selon le renversement opéré par Gorla ⁽³⁾. D’après notre collègue romain, les “deux modèles caractéristiques de l’État moderne” ont dialogué continuellement “de sorte que les contaminations sont de règle” (p. 16), de nouvelles convergences naissant des oppositions (p. 18) et les références aux étrangers étant toujours présentes dans les droits nationaux (p. 65). Une des déclara-

⁽²⁾ PIERRE LEGRAND, *op. cit.*, propose ainsi p. 48 de retenir le genre masculin dans l’emprunt de l’expression *common law*, pour éviter toute confusion avec la loi, argument auquel nous nous rallions volontiers.

⁽³⁾ SABINO CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, 2000, p. 15 citant GINO GORLA in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1964, vol. XII, p. 930.

tions de Sabino Cassese est pratiquement une réponse, peut-être involontaire, à Pierre Legrand: “si la comparaison se déroule sur une courte période, les différences dictées par les contextes historiques peuvent prévaloir. Si, par contre, la comparaison s’étend sur un laps de temps approprié, les choses changent, car des événements nouveaux se produisent, facteurs de convergence et de divergence, des ressemblances réapparaissent, que le court terme cachait” (p. 19).

Histoire du droit et droit comparé sont intimement liés, comme nous l’ont appris Montesquieu, Savigny et Max Weber. Les interactions entre ces deux approches “scientifiques” du droit continuent à être nombreuses aujourd’hui, comme en témoignent des prises de position récentes de Rodolfo Sacco ⁽⁴⁾ et de Paolo Grossi ⁽⁵⁾. Après des décennies d’orientation nationale, voire nationaliste, de l’histoire du droit, notre discipline est aujourd’hui résolument tournée vers l’international. Pour l’historien, la démarche comparatiste est un moyen irremplaçable d’élargir sa connaissance des faits, de développer son information pour tenter de saisir les évolutions dans un champ d’étude le plus étendu possible. Sans contester l’utilité de la micro-histoire avec son approche globalisante d’un moment temporel réduit, l’histoire du droit s’inscrit plutôt dans la longue durée en revendiquant la spécificité — ce qui ne signifie pas la totale autonomie — des phénomènes juridiques. Dans sa recherche de compréhension diachronique de ces phénomènes, l’historien a tout intérêt à porter son regard sur les droits qui lui sont a priori — par des hasards de la naissance qui, heureusement, ne déterminent pas toute une approche scientifique — étrangers, à la fois pour corriger les inévitables déformations de perspective suscitées par sa culture d’origine et pour résister à la tentation d’explications simplistes fondées sur l’examen d’une seule expérience nationale. Traitant des rapports entre droit et politique, l’historien du droit européen est nécessairement confronté à la prégnance des États et des nations qui caractérise les destinées du continent depuis plusieurs siècles. Faire l’histoire de son droit national, ce qui fut la tâche prioritaire des fondateurs de notre discipline d’un point de vue académique au XIX^e siècle, impliquait déjà la prise en compte du jeu des facteurs centrifuges et des forces d’unification, des rapports entre évolutions internes et apports externes, en bref de la tension presque toujours sous-jacente entre particularisme juridique et communauté de droit. Aujourd’hui, sans même parler d’objectifs utilitaires dans le cadre de l’harmonisation européenne ou d’intérêts stratégiques en matière universitaire, la comparaison s’impose plus que jamais à l’historien, plus

(4) RODOLFO SACCO, *Che cos’è il diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 25-42.

(5) PAOLO GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 8-9.

conscient que d'autres de l'ancienneté des phénomènes de globalisation.

Il est utile de rappeler, comme l'a fait aussi bien Paolo Grossi que Pierre Legrand, que la démarche comparatiste conduit, d'abord, à reconnaître et donc à accuser les différences. Tel était le sens de la remarque faite en 1909 par Max Weber, selon laquelle le procédé comparatif devait exalter la singularité des phénomènes étudiés "en faisant apparaître des différences plutôt qu'en soulignant des similitudes" (6). Si l'historien se laisse aller à des ressemblances trompeuses ou à des rapprochements anachroniques, il manque bien évidemment son objectif de compréhension du passé, en transposant sans précaution sa conception moderne et personnelle de l'universalité dans une culture dont il nie l'altérité. L'avertissement de Max Weber concernait l'étude des civilisations antiques et il a été largement écouté par les historiens du XX^e siècle qui ont insisté sur l'étrangeté des modes de pensée des auteurs grecs ou romains, même quand ils nous paraissent si familiers et si proches de nous. Les critiques adressées par Pierre Legrand au "mythe" du *jus commune* ne sont pas sans valeur — elles ont, d'ailleurs, été déjà formulées par des historiens du droit (7) — quand elles s'adressent aux conceptions dogmatiques des "néo-pandectistes" ne retenant dans l'histoire que les points d'accord entre doctrines juridiques sur la base d'un universalisme intemporel du droit romain.

S'il est salutaire de rappeler que comparer signifie opposer, il serait tout aussi excessif, à notre avis, de refuser de voir les interactions et les points de rencontre entre des sociétés et des droits contemporains. Or, c'est le risque que prend l'orientation méthodologique défendue par Pierre Legrand. Son affirmation de la singularité irréductible des différents ordres ou systèmes juridiques rappelle, notamment à propos des difficultés de traduction ou d'adaptation du vocabulaire que le juriste peut rencontrer dans les opérations de qualification des faits, les positions des "particularistes" de la fin du XIX^e siècle (Bartin ou Franz Kahn) qui croyaient impossible la mise en application de règles uniformes de conflits de lois en raison même de cette étanchéité entre les divers droits nationaux. Les comparatistes et les historiens du droit ont depuis montré, à maintes reprises, que la circulation des modèles, des concepts et des idées juridiques avait été constante depuis l'époque moderne. Même s'il faut se garder d'un irénisme, qui nierait les phénomènes de rejet des influences étrangères, et même s'il convient de distinguer des systèmes juridiques plus prédisposés à l'imitation et à l'emprunt que d'autres — le droit anglais faisant preuve, de ce point de vue, d'un faible degré de perméabilité aux apports extérieurs — la

(6) DIRK KAESLER, *Max Weber*, Paris, Fayard, 1996, p. 57.

(7) WILHELM BRAUNEDER, "Europäisches Privatrecht — aber was ist es?", *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1993, p. 225-235; PIO CARONI, "Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit — Anmerkungen zum Neo-Pandektismus", *Ibid.*, 1994, p. 85-100.

présence d'interactions répétées entre les droits nationaux condamne la thèse de leur isolement radical.

La mise en valeur d'une tradition juridique propre au *common law*, qui s'opposerait de manière irréductible à la tradition romaniste des pays du continent européen, conduit selon nous à renouer avec l'idée d'un esprit national ou d'une conscience populaire qui serait le facteur, de nature culturelle, prédominant dans la formation du droit. Il nous paraît curieux de revenir, sans l'avouer, à la notion de *Volksgeist*, en l'appliquant au seul droit anglais sous prétexte que les droits continentaux issus du moule romaniste auraient des caractères nationaux moins accusés. Il n'est pas impossible, bien sûr, d'invoquer l'esprit général d'une nation comme l'avait fait Montesquieu. Encore faut-il éviter de tomber dans les "clichés", que certains nationalistes du XIX^e et du XX^e siècle ont développés, sur les qualités et les défauts qui seraient consubstantiels à tel ou tel peuple. Même de nos jours, il nous paraît trop rapide de ramener chaque expérience nationale à une trajectoire unique, un *Sonderweg* qui, de tout temps et à tout moment, singulariserait chacune des nations européennes. Si la conscience nationale, voire les excès nationalistes, ont joué un rôle dans la construction idéologique des ordres juridiques et si le droit a été un vecteur d'unification et d'identité des peuples, il s'agit là encore de phénomènes croisés qui méritent des études allant au-delà d'une vague invocation de l'esprit des peuples. Sinon, l'identification entre droit national et culture nationale risque de conduire à un cercle vicieux: les caractéristiques d'un droit s'expliqueraient par un "esprit national" perceptible essentiellement à travers les traditions juridiques d'un peuple.

Il paraît utile de rappeler que Savigny avait adhéré du bout des lèvres à la notion du *Volksgeist*, n'en retenant que le strict nécessaire pour sa critique de l'idéologie codificatrice. Non seulement il pensait que l'état du droit était "au fond le même" pour les pays ayant codifié leur droit civil et pour ceux restés fidèles au droit romain⁽⁸⁾, mais cet apôtre de la communauté de droit était allé jusqu'à envisager, dans son examen de la question des conflits de lois, des moyens de communication entre le *common law* et les droits continentaux. Même un auteur britannique, en la personne de Dicey, reconnaissait l'existence de deux types de facteurs susceptibles d'expliquer le développement du droit au XIX^e siècle: des croyances spéciales se rattachant à l'histoire particulière de chaque pays et des causes générales ayant affecté tous les États de l'Europe⁽⁹⁾. Et le livre récent de Sabino Cassese nous paraît, sur ce point, répondre à Pierre Legrand quand il affirme que "les modèles étrangers sont toujours présents dans les droits nationaux. On peut dire

(8) FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. fr. GUENOUX, 2 éd., Paris, 1860, t. I, p. XXVII-XXVIII.

(9) ALBERT VENN DICEY, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. fr. A. et G. JEZE, Paris, 1906, p. VIII.

que chacun d'eux vit avec un "alter ego" pour se confronter avec lui, noter les analogies, souligner les différences" (p. 65).

A l'appui de sa thèse, Pierre Legrand cite les juristes anglais, comme Hale (p. 45), qui ont insisté sur la continuité du *common law*, conçu comme une forme de solidarité sociale immanente "à un processus historique en vertu duquel une communauté se constitue". Notre savant collègue est parfaitement conscient de la construction nationaliste, pour ne pas dire de la mythologie, que les juristes anglais ont élaborée au cours des siècles (jusqu'à J. G. A. Pocock pour les auteurs les plus récents) en vue de postuler l'ancienneté et l'unicité immémoriale du *common law*, don de Dieu au peuple anglais ⁽¹⁰⁾. L'historien du droit, quant à lui, ne peut pas souscrire complètement à cette idée de continuité d'une *seule* tradition à la fois juridique et culturelle. Nous admettons bien que certains systèmes juridiques aient connu davantage la continuité que la rupture, l'évolution en douceur plutôt que la révolution (nous pensons, bien sûr, aux contrastes politiques entre la France et la Grande-Bretagne), mais le sens de la diachronie se refuse à envisager des caractères intemporels qui seraient propres à une culture ou à un droit. De même qu'il n'y a pas une culture anglaise éternelle, il n'y a pas selon nous un droit anglais qui se serait transformé en circuit interne sans jamais perdre sa nature profonde.

Le recours à l'esprit des nations comme facteur décisif de la formation des droits se heurte à des obstacles épistémologiques qui ont été soulignés dès le XIX^e siècle et dont la force n'a pas diminué depuis. La mise en valeur des spécificités nationales sous-estime les transformations économiques et sociales qui sont, pour la plupart, communes aux pays européens, notamment avec la révolution industrielle. Pour soutenir l'idée du *Weltrecht*, Zitelmann avait déjà insisté sur les similitudes des législations du commerce et du travail dans les États européens ⁽¹¹⁾. Et Bergbohm avait émis des doutes sur le caractère harmonique de la conscience juridique des peuples en présence des luttes entre les classes sociales antagonistes ⁽¹²⁾. L'absence de prise en compte de ces facteurs économiques et sociaux, qui tendent plutôt à rapprocher les droits, accrédite les critiques de Marx sur l'illusion des juristes, trop facilement portés à croire à l'autonomie du droit et à l'influence déterminante des normes dans les transformations de la réalité sociale. De plus, cette manière de penser le droit, en termes d'identité cultu-

⁽¹⁰⁾ PETER GOODRICH, "Poor Illiterate Reason: History, Nationalism and Common Law", *Social and Legal studies*, 1992/1, p. 7-28. Cet article, fondamental sur l'exaltation nationaliste du *common law*, est d'ailleurs cité par Pierre Legrand.

⁽¹¹⁾ ERNST ZITELMANN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, Vienne, 1888, rééd. 1916, p. 19-24.

⁽¹²⁾ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, t. I, p. 494, n. 20 cité par PIO CARONI, "Il mito svelato: Eugen Huber", *Revue de droit suisse*, 110, 1991, p. 418.

relle, porte en elle le risque d'une confusion entre le droit et la pensée juridique. Pour nous, la distinction positiviste du droit, comme ensemble de normes en vigueur à un moment donné, et de la science du droit, comme pluralité idéologique de réflexions sur le droit, doit guider les historiens du droit pour éviter de traiter sur le même registre des règles juridiques qui ont été positives et des constructions théoriques qui prennent place dans un champ intellectuel. Cela ne signifie pas que nous nions l'existence d'interactions entre les unes et les autres — les règles matérielles de droit alimentent la réflexion juridique qui influence, bien sûr, l'interprétation des règles existantes et donc la production de nouvelles règles à l'aide des concepts élaborés par la doctrine — mais que nous croyons indispensable de discriminer des phénomènes normatifs, eux-mêmes immergés dans des contextes économiques et sociaux, et des phénomènes culturels qui appartiennent au monde de l'esprit, même s'ils sont dotés d'un pouvoir "de nomination" selon l'expression de Pierre Bourdieu. Sauf à dire, ce qui pourrait se concevoir dans une posture néo-positiviste, que tout le droit anglais se trouve dans la pensée des juristes anglais, nous pensons qu'il faut traiter différemment les normes applicables en Angleterre — dont une partie non négligeable se présente depuis longtemps sous la forme de *statutes* qui échappent pour une grande part aux juristes — et l'épistémologie juridique développée en Angleterre dont les tropismes nationalistes sont manifestes. Encore une fois, il ne s'agit pas de remplacer les frontières linguistiques et nationales par une barrière étanche entre un univers de normes et un autre de concepts: dans la mesure où les règles de droit n'échappent pas au poids des croyances, qu'elles soient de nature nationale ou internationale, et où la science du droit est perméable aussi bien aux échanges qu'aux manifestations identitaires, la circulation se fait dans tous les sens entre normes et pensées des divers pays. Reconnaître la double nature du droit conduit seulement à envisager de manière pragmatique, c'est-à-dire au cas par cas sans préjuger d'un rôle décisif pour les juristes, les relations qu'entretiennent les normes avec leur environnement socio-politique et culturel. Dans cette perspective, le primat de la culture, revendiqué par Pierre Legend, fait la part trop belle à la pensée juridique par rapport aux règles de droit, comme elle privilégie les éléments de continuité par rapport aux temps de rupture.

Sans vouloir entrer dans une discussion sur la perméabilité du droit anglais aux influences extérieures, qui dépasserait nos compétences et le cadre de cet article, nous concluerons par quelques remarques d'historien du droit sur les apports récents de travaux qui éclairent d'une nouvelle lumière cette controverse ancienne, dont la problématique n'est pas toujours très claire, sur les origines et la nature du "fossé" entre le droit anglais et tous les droits continentaux (ou plus spécialement l'un d'entre eux), sur une période circonscrite ou dans la longue

durée. Dans la collection “*Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*”, publiée à Berlin sous les auspices d’Helmut Coing et Knut Wolfgang Nörr⁽¹³⁾, un des derniers volumes paru concerne le droit des preuves à travers une étude de Michael R. T. Macnair sur les règles d’*equity* dans l’Angleterre du début des Temps modernes⁽¹⁴⁾. Dans le domaine de l’*evidence*, souvent considéré comme particulièrement topique du droit anglais, cette étude montre l’importance des contacts avec le droit civil continental qui vont au-delà des échos linguistiques ou des citations d’auteurs, même si l’abolition de la *Star Chamber* et l’isolement consécutif de la *Chancery* ont ralenti cette importation outre-Manche de la tradition romaniste. L’ouvrage, très novateur et très discuté, d’Ibbetson sur l’évolution historique du droit anglais des obligations fournit également des pièces au débat sur l’influence de l’École du droit naturel moderne, de Pothier et des pandectistes allemands sur les inflexions du droit anglais en matière contractuelle et délictuelle⁽¹⁵⁾. Il y a là de quoi répondre aux remarques de Pierre Legrand sur l’absence d’impact épistémologique de cette confrontation avec la tradition romaniste (p. 46)⁽¹⁶⁾. Enfin, le livre de Sabino Cassese, déjà cité, rappelle le dialogue constant entre théoriciens français et anglais (Tocqueville, Dicey, Hauriou) sur la notion de droit administratif, en nuanciant dans les faits les antagonismes entre les deux systèmes de règles. De même que le droit anglais a donné une importance majeure au XIX^e siècle à la source législative du droit — il est vrai, avec des techniques de rédaction des *statutes* assez différentes de celles en usage sur le continent — l’administration britannique a mis en place des *parliamentary boards* ou autorités centrales non ministérielles (p. 47) et développé des services publics locaux (p. 48), ce qui rapprochait les structures de la patrie du *self-government* du modèle français, quoiqu’en ait pensé Dicey (montrant au passage le décalage entre les théories des juristes et la réalité du droit appliqué, p. 64). La conclusion

(13) Il pourra être objecté que les idées des auteurs publiés dans cette collection s’inscrivent plutôt dans un courant favorable à la mise en valeur des points communs entre *common law* et droits continentaux (dans l’esprit de REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1996, p. XI), mais une telle objection ressort du procès d’intention et ne doit pas empêcher de considérer ces travaux à leur juste valeur.

(14) MICHAEL R. T. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin, 1999.

(15) D. J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999, p. 166, 220, 226.

(16) Pierre Legrand cite notamment l’étude de GEOFFREY SAMUEL, “Der Einfluß des Civil Law auf das englische Recht des 19. Jahrhunderts”, in REINER SCHULZE (dir.), *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1994, p. 287-313 qui part de la faible durée de la période pendant laquelle Pothier a été cité par les juges anglais pour conclure à une différence épistémologique fondamentale entre *common law* et *civil law*.

de Sabino Cassese, qui évoque d'ailleurs les travaux de Pierre Legrand et des "partisans de la thèse extrême" des "différences irréductibles" (p. 147, note 6), ne nie pas la persistance de divergences entre les droits anglais et continentaux, cela dans des contextes qui sont beaucoup plus proches aujourd'hui que par le passé. Nous adhérons volontiers à cette position nuancée, évitant les écueils de l'universalisme naïf ou du particularisme exacerbé, en défendant l'utilité d'études juridiques comparées qui, avec une méthode historique et une problématique bien identifiée, nous semblent capables de surmonter les barrières linguistiques ou culturelles.

FRANCO MODUGNO

PRESENTAZIONE DEGLI 'SCRITTI GIURIDICI
SCELTI' DI CARLO ESPOSITO

L'occasione di queste riflessioni sull'opera scientifica di Carlo Esposito è offerta dalla pubblicazione dei quattro volumi di *Scritti giuridici scelti*, inseriti tra le *Ristampe* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino (Istituto di diritto pubblico), raccolta curata da Jean-Pierre Berardo (Napoli 1999).

L'Università di Camerino è stata la prima in cui Esposito ha insegnato (dal 1928 fino al 1935, prima come incaricato degli insegnamenti di *Introduzione alle scienze giuridiche e filosofia del diritto* ed *Economia politica*, e poi dal 1930 di *Diritto costituzionale*) e a questo Ateneo Egli rimase legato da « viva riconoscenza per la fiducia conservatami in anni penosi della mia vita accademica », come Lui stesso ricorda nella *Prefazione* alla Ristampa de *La validità delle leggi* del 1964.

Se « vasta, varia e complessa » ⁽¹⁾ è stata l'attività scientifica di Carlo Esposito (dal 1927 fino al 1964, anno della Sua prematura scomparsa), Egli resta senza dubbio un Autore coerente, per cui, come ebbi modo di rilevare ⁽²⁾, non è dato riscontrare significativa frattura nella Sua produzione filosofico-giuridica, teorico-generale, dogmatica e persino esegetica. I vari momenti, corrispondenti agli interessi *soltanto* preminenti del Maestro, nei diversi periodi della Sua vita, sono in larga misura testimoniati dalla partizione dei volumi della presente raccolta, partizione sensata tuttavia *soltanto* con riferimento all'oggetto immediato della riflessione dell'Autore, non certo rispetto al metodo di ricerca. L'opera di Esposito « è sostenuta sempre dallo stesso spirito » ed in Lui si realizza costantemente « la felice sintesi ... di attitudini diverse » ⁽³⁾.

Nel primo volume vengono ripubblicati i saggi di filosofia del diritto e di teoria generale del diritto; nel secondo gli scritti di teoria

⁽¹⁾ C. MORTATI, *Carlo Esposito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 979.

⁽²⁾ *Relazione su Il pensiero filosofico-giuridico*, al Convegno nazionale su *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, svoltosi presso l'Università di Macerata il 5-6 aprile 1991, i cui *Atti* sono ora editi tra le pubblicazioni della rispettiva Facoltà di Giurisprudenza, Milano, 1993, 4.

⁽³⁾ C. MORTATI, *Carlo Esposito*, cit., 980 e 982.

generale dello Stato e di diritto costituzionale prerepubblicano; nel terzo, tra i contributi di diritto costituzionale repubblicano, gli scritti non ripubblicati dallo stesso Autore o da altri studiosi, gli interventi in congressi e convegni, nonché le note alle cronache sul Parlamento e sulla Corte costituzionale; nel quarto, infine, le note di giurisprudenza dedicate prevalentemente alle decisioni della Corte costituzionale tra il 1957 e il 1964, ordinate secondo che riguardino le fonti del diritto, i diritti e le libertà costituzionali, l'eguaglianza e la giustizia costituzionale.

* * *

Si può dire che tre siano le caratteristiche essenziali del pensiero espositiano: il carattere unitario e quindi la visione unitaria del fenomeno giuridico (4); il costante riferimento al diritto positivo; il realismo.

Ed è su queste caratteristiche e sulla loro complementarità che vorrei soffermarmi.

Unitarietà, positivismo, realismo?

Ma ciascuno di questi termini richiede chiarimenti.

Se le date del 1930 (di pubblicazione dei *Lineamenti di una dottrina del diritto* negli *Annali dell'Università di Camerino*) e del 1932 (di pubblicazione, sempre negli stessi *Annali*, del saggio su *Organo, Ufficio, e soggettività dell'Ufficio*) segnano, secondo la comune opinione, la transizione dalla fase filosofico-giuridica a quella di teoria generale o pubblicistica (5), non di meno Esposito dedicherà ancora alla filosofia del diritto altri saggi e scritti, a partire dagli *Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo* (Milano, 1934) e da *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale* (in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1935, 407 ss.) fino, molto tempo dopo, all'importante e già citato *Intervento* al Convegno sul tema *Diritto naturale vigente* del 1949 e all'altro *Intervento* al Congresso internazionale di diritto processuale civile di Firenze del 1950 sul tema *La tutela del credito nel processo esecutivo* (in *Atti*, Padova,

(4) Il diritto non può derivare da una « volontà ... che vuole e disvuole, che non sa cosa vuole ... Dire invece, volontà che sia volontà significa affermare la coerenza fra le diverse parti di un ordinamento » (*Intervento in Diritto naturale vigente*, in *Quaderni di Justitia*, I, Roma, 1951, 172 ss., 297 del primo volume degli *Scritti*). La conseguenza è che « l'ordinamento giuridico non si dissolve in una somma di puntuali volizioni, ma consta di un complesso sistema di norme da interpretare organicamente come svolgimento di principi, e che delle disposizioni giuridiche può sempre ricercarsi e può sempre indicarsi la ragione, il senso ed il significato, sicché con ogni regola è anche inserito nell'ordinamento il principio giustificativo della regola » (*La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1957-58, 49 ss., ripubblicato in C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano, 1992, 109 ss., 110-111).

(5) Cfr. C. MORTATI, *Carlo Esposito*, cit., 980.

1953, 118 ss., in cui appare nitida l'ispirazione sistematica e conseguenziale dell'Autore nella impostatura dei problemi giuridici).

Ma, indipendentemente dagli intenti più o meno schiettamente speculativi di alcuni scritti anche successivi ai primi anni Trenta, la coerenza del pensiero e la costanza metodologica dell'Esposito risultano da tutta la Sua opera dedicata prevalentemente a temi di diritto positivo, e particolarmente di teoria generale e organizzazione dello Stato e di diritto costituzionale sia prerepubblicano sia repubblicano, la cui comprensione sarebbe impossibile senza tener conto della Sua impostatura filosofico-giuridica. In questo senso si può parlare — come cercherò di mostrare — di *unitarietà* (visione unitaria del fenomeno giuridico, coerenza di pensiero, costanza metodologica) del pensiero di Carlo Esposito.

* * *

Del resto la visione unitaria del fenomeno giuridico è sempre sostenuta da quei convincimenti di carattere speculativo che si sono formati nei primi anni della Sua attività scientifica. Ed anche il *positivismo* e il *realismo* che caratterizzano, come vedremo, l'intera produzione successiva discendono da quei presupposti.

Emblematico è il fondamentale saggio che apre il secondo volume degli *Scritti*, su *Organo, Ufficio e soggettività dell'Ufficio*, con cui si inaugura la Sua produzione propriamente pubblicistica.

Ho avuto già modo di porre in evidenza ⁽⁶⁾ come in tale contributo sia visibile lo sfondo teoretico della separazione tra morale e diritto di ascendenza kantiana, sia nella dimostrazione dell'identità tra organo ed ufficio, sia nella esclusione che le persone possano considerarsi propriamente organi.

Al fondo vi è la concezione generale del diritto come esteriorità ed eteronomia già esposta nei *Lineamenti* ⁽⁷⁾. Ma già qui compaiono i tratti caratterizzanti della successiva produzione, appunto il positivismo e il realismo. Soffermandosi sulla natura degli atti legislativi come atti complessi in cui si esprime la volontà dello Stato e non dei singoli organi, ed in particolare sul classico dilemma dottrinario se le Camere e il Re formassero un solo organo, Egli afferma che « il problema naturalmente non può porsi in astratto ... ma deve risolversi diversamente a seconda dei vari diritti positivi, e nella soluzione più che ad esplicite determinazioni testuali della costituzione deve farsi conto dell'effettivo modo di funzionamento degli organi legislativi ». È espo-

⁽⁶⁾ *Il pensiero filosofico-giuridico*, cit., 10 s.

⁽⁷⁾ Secondo Esposito, il diritto non procede « dallo stesso soggetto valutato, né è interiore all'oggetto stesso regolato, ma è estrinseco all'uno e all'altro » (*La conoscenza della legge*, cit., 285 del primo volume degli *Scritti*).

sto già *in nuce* il Suo programma: il diritto positivo, che è il punto di partenza di qualsiasi riflessione giuridica ⁽⁸⁾, *non va* inteso come un dato letterale *immutabile* ma riguardato sempre alla luce del principio di effettività. Si può ben parlare, in proposito, di un *diritto positivo vivente*. Il Suo positivismo è insomma e sarà sempre un positivismo realistico.

Ma vediamo un po' meglio in qual senso Esposito è un positivista.

Egli rifiuta la tesi della statualità del diritto e accetta, per contro, « la tesi, che oggi si va sempre più diffondendo, che ovunque vi sia istituzione o organismo sociale, ogni qual volta esista una società sorge diritto, e che non sia ammissibile società senza diritto » ⁽⁹⁾.

E con ciò si avvicina all'istituzionalismo e alla teoria della pluralità degli ordinamenti.

Ma non accetta il processo circolare tra organizzazione e norma, non accetta cioè che non vi possa essere diritto senza società (*ubi ius, ibi societas*), poiché sia la coscienza individuale sia la coscienza sociale (la società) sono anteriori al diritto, che « non è un fatto empirico prodotto dal fine di organizzare una società » ⁽¹⁰⁾. È qui evidente l'ascendenza idealistica, gentiliana e crociana, nel pensiero di Esposito, per cui l'origine del fenomeno giuridico è *in interiore homine*.

Il diritto consiste, in sostanza, inteso in senso lato, nella valutazione che un soggetto (individuo o ente sociale) intrinsecamente limitato (incapace cioè di penetrare nell'intimo dello spirito umano e nell'entità delle cose) dà sia dei propri atti passati, sia degli atti degli altri soggetti, traendo ad oggetto tali atti umani come « separati e compiuti » ⁽¹¹⁾. Esteriorità del diritto.

E in questo le valutazioni giuridiche si apparentano a tutte le valutazioni legalistiche, a quelle della morale sociale, del costume, della correttezza, dell'etichetta, e via dicendo. Ma la valutazione giuridica, oltre che esteriore, è anche eteronoma, comporta cioè una scissione tra il soggetto che valuta e il comportamento del soggetto valutato che potrà conformarsi, se lo vorrà ⁽¹²⁾, allo schema astrattamente valutativo (che potrà sottoporre al giudizio altrui) trasformandolo così in una vera e propria legge dell'agire. Il diritto, inteso *stricto sensu*, è valutazione legalistica in quanto concretamente o, nei termini kelseniani, mediamente attuata. Si spiega in tal modo che, se è vero che possono esistere tanti sistemi di diritto che, a volta a volta, ognuno « può porre a se stesso », è anche vero che tali sistemi « sarebbero diritto, ma che

⁽⁸⁾ Non solo di quella successiva all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ma anche di quella precedente prevalentemente dedicata a temi di teoria generale: cfr. V. CRISAFULLI, *In memoria di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.*, 1971, X.

⁽⁹⁾ *Lineamenti*, cit., 236 del primo volume degli *Scritti*.

⁽¹⁰⁾ *Lineamenti*, cit., 239.

⁽¹¹⁾ *Lineamenti*, cit., 212 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. V. CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, Roma, 1935, 29.

veramente non sono se non idea del diritto: ideale giuridico, non diritto » (13).

* * *

Ora se, da un lato, Esposito non confonde il diritto con una qualsiasi valutazione legalistica, dall'altro mantiene per ferma l'autonomia della scienza giuridica, anzi la esalta.

L'oggetto, la realtà, che il giurista indaga (deve indagare) è diversa da quella cui si rivolge l'attenzione del politico, del sociologo, dell'economista: è un momento essenziale e distinto della vita dello spirito (14). Il primato non è, crocianamente, del momento economico, nè, schmittianamente, di quello politico, e neppure di quello sociologico, bensì proprio, quasi kelsenianamente, del giuridico, del « valore-diritto », ossia del « valore del diritto positivo » (15). È qui il fondamento del *positivismo giuridico* di Carlo Esposito.

Eppure non si tratta di un positivismo strettamente legalistico.

Ho già ricordato come in Esposito così la coscienza individuale, come la coscienza sociale siano anteriori al diritto ed anzi ne costituiscano le scaturigini. Lo stesso ente sociale è preesistente al diritto, l'instaurazione di fatto di un ordinamento è appunto un *fatto* pregiudicato, per cui è improprio tentarne una costruzione giuridica generale per esempio con la categoria della « costituzione materiale », « estendendo il dominio del diritto oltre i limiti del consentito » (16).

Di qui la concezione della costituzione come costituzione solo in senso formale, la sua natura eteronoma (in chiara opposizione a R. Smend (17)), la identificazione tra costituzione e legge costituzionale (in recisa opposizione a C. Schmitt (18)), con la conseguenza che modificazioni tacite, deroghe, sospensioni, « rotture » della costituzione e insomma la determinazione di limiti al potere di revisione costituzionale

(13) *Intervento in Diritto naturale vigente*, loc. cit.

(14) Il diritto è inconcepibile, se si prescinde dalla totalità della vita spirituale, dall'uomo inteso nella sua complessità, dai « valori, interni al suo stesso essere: valore del soggetto che valuta, ma valore anche dell'atto valutato, la cui esistenza consente di presupporre la limitatezza della coscienza valutante » (così D. NOCILLA nella bella, approfondita, *Presentazione*, di C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, cit., XXIV), per cui l'ordinamento giuridico è « complesso sistematico di valori ... in quanto valori stanno alla base dei principi, cui si ricollegano le diverse norme » e « valore, infine, [è] lo stesso diritto, come momento essenziale della vita dello spirito » (*loc. ult. cit.*). È evidente come, sotto questo aspetto, il pensiero espositiano sia lontanissimo dalla crociana risoluzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia.

(15) V. CRISAFULLI, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., XIII.

(16) *La validità delle leggi*, 1934, rist., Milano, 1964, 199.

(17) *Costituzione e diritto costituzionale*, ediz. it., Milano, 1988, 152.

(18) *Dottrina della costituzione*, ediz. it., Milano, 1984, 26 ss.

sono ammissibili soltanto facendo riferimento al diritto positivo ⁽¹⁹⁾. E questo è schietto positivismo. Non di meno, però, come dirò più oltre, Esposito attribuisce rilievo al *fatto della osservanza* delle modificazioni costituzionali, sia quando esse vengano operate in forma legale, sia quando avvengano in via rivoluzionaria. E qui il positivismo si tramuta in realismo.

Insomma se a favore del Suo positivismo sta il riconoscimento di fatti e fenomeni anteriori al diritto, inteso come norma, e dei quali il diritto non può o non deve occuparsi, se non vuole estendere il suo « dominio ... oltre i limiti del consentito », in senso decisamente anti-positivistico sta, come ho già rilevato, la considerazione che la valutazione è giuridica solo se attuata dal comportamento del soggetto valutato. La separazione kelseniana tra dover essere (diritto) ed essere (realtà) è da Lui nettamente respinta e questa repulsione si farà manifesta nei successivi studi costituzionalistici, rivolti a dare decisiva importanza ai comportamenti concreti degli uomini e degli attori politici nella ricostruzione del significato effettivo delle norme giuridiche positive.

Vi sono passi espliciti ed estremamente significativi in tal senso.

Se la ricostruzione concettuale, sistematica della Costituzione italiana « con il solito metodo delle ricostruzioni tecnico-giuridiche » (che l'Esposito non ripudia affatto e che anzi è la sola in punto di partenza) darà il risultato solo di « una più o meno buona ricostruzione dommatica di un testo legislativo, di una serie di disposizioni espresse in determinate leggi italiane », essa non potrà valere però ad « indicare i limiti e i vincoli cui non può sottrarsi la creazione del diritto in Italia ».

Soltanto « con il passar degli anni, le fredde parole e le formule del testo costituzionale potranno animarsi, ed entrare nella viva storia del popolo italiano. In quel momento all'interprete non spetterà più solo di dare una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione, ma, ispirandosi alla *storia* e agli *svolgimenti degli istituti*, di dare una viva ricostruzione della *vivente* Costituzione italiana » ⁽²⁰⁾. Poiché, « come sfugge al diritto positivo di definire che 'cosa sia' il diritto, così anche di fissare in maniera incontrovertibile 'quando' questo diritto ci sia, in che modo possa nascere e che cosa esso possa stabilire. Il diritto precostituito può esprimere in tal maniera solo la velleità, il desiderio, la volontà di prestabilire in quali casi e in quali limiti la propria forza sarà al servizio di coloro che tendono a creare

⁽¹⁹⁾ *La validità delle leggi*, cit., 169 ss.

⁽²⁰⁾ Questo era il programma che Esposito formulava nel 1950: C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, 266.

diritto nuovo, ma non può elevarsi a condizione assoluta o a premessa inviolabile della validità del diritto futuro » (21).

Il positivismo giuridico cede il passo al *realismo*.

* * *

Ma anche di questo realismo — che è in sostanza un limite al positivismo, più che una sua perentoria negazione — bisogna precisare i contorni e soprattutto le conseguenze.

Certamente esso rappresenta il ripudio del normativismo kelseniano e della teoria dogmatica delle fonti, a partire da *La validità delle leggi* fino alle opere più recenti e segnatamente a quello che, a ragione, è stato definito come lo « scritto più geniale, più affascinante, e comunque destinato a resistere più a lungo nel tempo » (22): *La consuetudine costituzionale* del 1961-62. Tra *La validità delle leggi* del 1934 (in cui vi è la dimostrazione dell'ammissibilità di limiti giuridici alla legge anche in sistemi costituzionali flessibili) e *La consuetudine costituzionale*, di epoca repubblicana (cui si accompagnano gli importanti lavori sul *Decreto-legge* del 1962 e su *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e « altre » leggi costituzionali* del 1963) si collocano, nel tempo, altri lavori minori (ma molto significativi, anche perché svolti sulla base del diritto positivo) che sono ora ripubblicati nel secondo volume della presente raccolta di *Scritti*: dalla voce *Legge* (in *Nuovo Dig. It.*, VII, Torino, 1938, 719 ss., in cui si tratta dei vari significati del termine nel diritto italiano, del procedimento legislativo e delle concezioni sulla natura dell'atto legislativo), dal saggio su *Leggi eccezionali e leggi temporanee* (in *Foro it.*, 1938, III, 139 ss.), alla voce *Norma giuridica* (in *Nuovo Dig. It.*, VIII, Torino, 1939, 1050 ss., in cui si analizza « in maniera più concreta che cosa il giurista italiano, in conformità delle concezioni accolte dal legislatore, debba intendere per 'norma giuridica' »: 377 degli *Scritti*) alla voce *Testi unici* (in *Nuovo Dig. It.*, XII, Torino, 1940, 181 ss., in cui è esposta, contro l'opinione ancor oggi dominante, la tesi che il t.u., importando « sempre la unificazione delle disposizioni vigenti e la loro susseguente formulazione in un unico testo » (pp. 386-7 degli *Scritti*) manifesta il suo carattere necessariamente innovativo, in quanto « per definizione ... sostituendo una legge unitaria a una molteplicità di leggi, diverge dal diritto preesistente » (p. 392).

In tutti questi scritti — che rappresentano un ponte tra le tesi di *La validità delle leggi* e quelle, ancor più « realistiche », dei ricordati scritti « repubblicani » — è ferma l'idea che è « l'osservanza delle norme a renderle valide ed effettivamente vigenti, con tendenziale identifica-

(21) C. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 265.

(22) Da L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, in *Atti del convegno*, cit., 52.

zione tra validità ed effettività» (23), idea che « ci riporta, inevitabilmente, e sia pure con qualche distinguo, a quel filone dottrinale che dà rilevanza determinante al riconoscimento (l'*Anerkennung* della dottrina tedesca) che del diritto operi lo stesso soggetto sottoposto », così che « istituzionalismo e realismo si congiungono per soddisfare un'unica esigenza, quella di svelare il problema centrale dell'esperienza giuridica » (24), per cui, per dirla con Santi Romano (25), la stessa azione umana è, ad un tempo, « *misurante*, cioè creatrice di *proportio* » e « *misurata*, in relazione alle creazioni giuridiche della collettività (regole, istituti) ». L'ascendenza idealistica del realismo di Esposito è qui, ancora una volta, manifesta.

* * *

Quali le principali conseguenze di questo positivismo accentuatamente realistico?

A) La prima conseguenza è quella di un radicale ripensamento del c.d. sistema delle fonti. E anzitutto della stessa nozione di fonte del diritto. In perfetta coerenza con l'idea che ultima e vera scaturigine della norma giuridica sia la coscienza, individuale o sociale, per Esposito — in singolare concordanza con la dottrina della Scuola di Vienna — fonte del diritto è qualsiasi fatto o atto potenzialmente idoneo a produrre norme: anche le decisioni giudiziarie, anche gli atti amministrativi e persino i negozi privati (26). Se non che, mentre nella costruzione merkliana e kelseniana, l'idoneità del fatto o dell'atto a produrre norme è dovuta alle retrostanti norme (sulla normazione, sulla produzione) che gliela conferiscono, in Esposito tale idoneità è immanente al fatto o all'atto normativo, « unica ed identica essendo la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa » (27): una ragione che si identifica senz'altro con « *l'attitudine degli uomini a creare*, come le opere di arte e di scienza che trascendono l'atto o l'attimo di loro creazione, così anche norme di diritto che vigono oltre l'atto di loro imposizione » (28) (corsivo mio).

E pertanto è rigettata la tradizionale tesi dogmatica che ripone

(23) D. NOCILLA, *Presentazione*, cit., XVI-XVII.

(24) D. NOCILLA, *loc. ult. cit.*

(25) *Presentazione* a CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, X.

(26) La tesi che « la volontà dei privati attraverso i negozi giuridici sia fonte del diritto » è già esposta nei *Lineamenti*, cit., 232 ss. Ma l'estensione alle decisioni giudiziarie e agli atti amministrativi è ne *La validità delle leggi*, cit., 77 ss.

(27) *La consuetudine costituzionale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 456 ss. e con integrazioni in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano, 1962, 597 ss., ora riprodotto in *Diritto costituzionale vivente*, cit., 318.

(28) *Op. ult. cit.*, 318, nt. 64.

forza ed efficacia diversa agli atti normativi, in quanto dipendente « dalla degradante forza delle disposizioni sulla produzione del diritto » (29). Al contrario, « gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti » (30). Il rigetto della tesi gradualistica in tema di fonti è qui conclamato.

Di qui anche la delineaione di quella concezione della « competenza » che, pur con varia fortuna, ha finito per affiancare, se non addirittura per sostituire, anche in diritto positivo, la concezione gerarchica delle fonti. Non è questo il luogo per dimostrare come il criterio della competenza rivesta un'utilità e un valore esplicativo sempre maggiori quanto più si vada complicando e diversificando il c.d. sistema delle fonti nel diritto positivo, non solo italiano, qui è interessante, invece, ripercorrere le basi teoriche e gli svolgimenti principali della concezione della competenza in Esposito, che ne è stato il primo ad elaborarla.

Se la idoneità normogena va ritrovata negli atti e comportamenti umani, le disposizioni positive sulla normazione, più che fungere da fondamento delle norme, svolgono un ruolo, per così dire, complementare più che marginale e quindi rilevante nella produzione normativa: « le disposizioni sulle fonti non danno forza agli atti e ai comportamenti normativi, ma solo ne disciplinano la forza, la regolano ed eventualmente la eliminano » (31). Non solo; ma esse valgono soltanto *se e nei limiti in cui sono osservate*, determinano cioè una seria presunzione di validità delle norme prodotte in conformità a quanto da esse disposto (32). Esse, insomma, non hanno efficacia costitutiva della normatività degli atti e dei comportamenti umani, ma « facilitano lo svolgimento delle attività a sè conformi e il raggiungimento dei fini che tali attività si propongono, mentre ostacolano le attività a sè contrarie » (33), « facilitazioni ed ostacoli ... tanto più efficaci in quanto le disposizioni sulla esecuzione e sulla applicazione delle norme giuridiche (collegantesi a quelle sulla produzione del diritto) prevedono che apparati esecutivi e giudiziari, rilevanti per la applicazione pratica delle norme di diritto, siano al servizio della attività normativa e delle regole sorte nel rispetto delle disposizioni sulla produzione del diritto » (34). Ed allora si spiega bene che « negli ordinamenti giuridici costituiti vi è una seria presunzione che il diritto obiettivo venga in essere secondo le disposizioni sulla produzione del diritto ... ma non che vi sia una assoluta

(29) *Op. ult. cit.*, 318.

(30) *Op. ult. cit.*, 319.

(31) *Op. ult. cit.*, 318.

(32) *La validità*, cit., 206.

(33) *La consuetudine*, cit., 306.

(34) *Op. ult. cit.*, 306 s.

certezza che la rispondenza di un atto normativo alle regole sulla produzione del diritto metta sempre l'atto stesso in grado di generare norme di diritto, e viceversa che la difformità escluda con certezza la attitudine normativa dell'atto » (35). E si spiega altresì come « quando tutte le disposizioni di un ordinamento ... sono in contestazione ed hanno instabile validità, la conformità di un atto normativo alle regole sulla produzione non offre più alcuna certezza (e neanche presunzione) della effettiva forza normativa degli atti » (36), certezza che, nei casi « di instaurazione, di crisi o di rivoluzione di un ordinamento, può raggiungersi solo accertando che le disposizioni normative ottengono stabile obbedienza ed esecuzione, e cioè che agli atti di imposizione di disposizioni giuridiche obiettive segue una consuetudine di obbedienza ed esecuzione » (37).

Positivismo, sì, ma fortemente temperato dal realismo della necessaria verifica nei fatti, *specie nei casi di crisi*, nei casi cioè in cui le disposizioni di un ordinamento siano « in contestazione » e mostrino perciò una « instabile validità ».

E tale verifica, come si vedrà, non attiene soltanto alla effettiva forza normativa degli atti, ma investe pure le relazioni tra i diversi fatti e atti potenzialmente produttivi di diritto.

La verifica di effettività, per ciò che concerne, le regole sulla produzione del diritto — ma, come dirò, non esse soltanto — è rappresentata dalla *consuetudine costituzionale confermativa* di tutte le regole, durante le crisi degli ordinamenti (38), delle *sole regole sulla produzione* « in ogni momento della vita degli ordinamenti » (39). E quest'ultimo è un motivo schiettamente positivistico: « in generale le regole di diritto, una volta entrate in vigore, sono giuridicamente valide ed efficaci anche se nella loro singolarità siano trasgredite » (40). Così che « trasgressioni, disapplicazioni o mancate esecuzioni costituiscono illeciti che ... non implicano ... cessazione del vigore delle singole disposizioni ». Al contrario, però, e qui riprende il motivo realistico, « le disposizioni sulle fonti ... in ogni tempo, quando siano radicalmente trasgredite *sia pure nel singolo caso*, non risultano solo inefficaci in fatto, ma invalide, poiché le trasgressioni seguite dall'evento cui tendeva la intenzione del trasgressore (che era di creare 'diritto' senza rispetto delle regole sulla produzione del diritto) non si concretano in un torto o in un illecito, ma in creazione del diritto » (41).

(35) *Op. ult. cit.*, 307.

(36) *Op. loc. ult. cit.*

(37) *Op. ult. cit.*, 307-8.

(38) *Op. ult. cit.*, §5, 306 ss.

(39) *Op. ult. cit.*, 311.

(40) *Op. ult. cit.*, 312.

(41) *Op. loc. ult. cit.* (corsivo mio).

Come si vede, questa è davvero una pagina centrale nel pensiero espositiano, che coniuga la Sua visione unitaria del fenomeno giuridico (creato dalla coscienza individuale e sociale) con il positivismo realistico, come risulta dalla sottile distinzione tra la singola efficace trasgressione delle disposizioni sulle fonti (« che perdono una parte della propria validità ») e la trasgressione in genere di esse, che ne determina invece la totale invalidità, poiché in questo caso (ossia, « le trasgressioni coronate da successo o le inutili adeguazione al loro dettato ») è la stessa regola (sulla produzione) a rendersi « desueta ». Insomma è la verifica consuetudinaria, ancora una volta, a decidere circa la vigenza delle disposizioni sulle fonti, ossia sulla produzione del diritto.

* * *

Ma, come ricordavo dianzi, anche le relazioni tra i diversi fatti ed atti potenzialmente normativi sono sottoposte al riscontro realistico di quanto in effetti accaduto. E qui si innesta la concezione della « competenza ».

L'Esposito si fa carico di una importante obiezione:

« Quando si parla della diversa forza delle varie specie di atti normativi non si allude alla diversa cogenza o normatività delle disposizioni prodotte dalle varie specie di atti normativi, ma alla resistenza o alla durezza che le disposizioni prodotte da una specie di atti offrirebbero nei confronti delle disposizioni prodotte da altra specie di atti, e cioè alla qualità o attitudine di alcuni atti di produrre disposizioni in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte da atti normativi di qualsiasi diversa specie (come in Italia le leggi di revisione della costituzione e le leggi costituzionali), mentre altri atti invece possono eliminare solo disposizioni prodotte da leggi ordinarie e da atti regolamentari o di autonomia; ed altre infine, come gli atti regolamentari, solo disposizioni prodotte con atti della propria specie »⁽⁴²⁾. Si tratta insomma dell'obiezione fondata sul principio gerarchico che presiederebbe al c.d. sistema delle fonti.

Ma Esposito ha pronta la risposta.

Anzitutto la descrizione del sistema delle fonti secondo il principio gerarchico « solo in maniera approssimativa è corrispondente alla situazione effettiva degli ordinamenti (ed in maniera solo 'approssimativissima' è corrispondente alla situazione esistente nell'ordinamento giuridico italiano) »⁽⁴³⁾, come del resto aveva già dimostrato, in modo davvero decisivo, Vezio Crisafulli portandolo ad affiancare il criterio

⁽⁴²⁾ *Op. ult. cit.*, 319 s.

⁽⁴³⁾ *Op. ult. cit.*, 320.

della competenza a quello gerarchico ⁽⁴⁴⁾, e come oggi è sempre di più confermato dalla evoluzione del sistema delle fonti in Italia ⁽⁴⁵⁾. In secondo luogo, la ricostruzione indicata del rapporto tra disposizioni appartenenti a fonti diverse, o a tipi diversi di atti normativi, « non dipende dalla circostanza che gli atti di una specie abbiano ‘forza maggiore’ di quella di altra specie ..., ma solo che ‘più estesa’ è l’attività normativa legittimamente esercitabile attraverso gli atti di una specie che non sia quella esercitabile attraverso atti di altre specie, e che alcuni atti, secondo le previsioni delle disposizioni sulle fonti, possono disporre anche la abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa o di diverse specie, e altri no » ⁽⁴⁶⁾. Insomma, in questo passo famoso, Esposito propone la sostituzione del principio di competenza al principio gerarchico.

Non ci si può, peraltro, sottrarre ad un interrogativo di fondo. In qual senso e su quale fondamento gli atti di una specie godono di una « più estesa » o « meno estesa » sfera di competenza rispetto agli atti di altra specie? Se il fondamento fosse rappresentato dalle disposizioni costituzionali che distribuiscono le competenze, che ripartiscono le sfere di competenza tra le diverse fonti, la tesi della competenza presupporrebbe comunque una o più norme gerarchicamente sopraordinate (le norme costituzionali, appunto) e ridonderebbe quindi, in ultima istanza, in gerarchia. È questa infatti, in definitiva, la tesi crisafulliana e che qualche interprete non ha mancato di attribuire o di riconoscere anche allo stesso Esposito ⁽⁴⁷⁾. Ma è proprio così?

A me non pare. Esposito, al contrario, distingue la propria tesi della competenza da quella di Crisafulli, il cui concetto di « competenza » Egli ritiene (forse) più « ristretto » ⁽⁴⁸⁾. E lo può fare per la ragione fondamentale — e già illustrata — che non sono le norme

⁽⁴⁴⁾ Nella sua prolusione patavina (*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 779 ss.).

⁽⁴⁵⁾ Mi sia consentito rinviare, oltre a F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 709 ss., a qualche più recente contributo: F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; F. MODUGNO, *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 43 ss.; ID., *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 175 ss.; ID., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 461 ss.; nonché, da ultimo, a F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla « crisi » della legge*, in *Studi parlam. e pol. cost.*, nn. 125-6, 1999, 7 ss.

⁽⁴⁶⁾ C. ESPOSITO, *Op. ult. cit.*, 320-1.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 54, pur riconoscendo il netto « divario che separa Esposito da Crisafulli », ritiene bensì che in Esposito « il criterio della competenza prevale sull’idea che alcune fonti siano dotate di ‘superiorità’ rispetto ad altre », ma aggiunge significativamente « con la sola eccezione – mi sembra – delle norme costituzionali che prevedono le competenze stesse ». Ma è quest’ultimo il punto veramente in discussione.

⁽⁴⁸⁾ C. ESPOSITO, *Op. ult. cit.*, 321, nt. 70.

sulla produzione a rendere normativi gli atti e i comportamenti umani, ma sono questi ultimi dotati, di per sè, di « naturale » capacità, sia pure tendenziale, normogena, per cui le norme sulla normazione si limitano a indirizzare, regolare, delimitare la produzione normativa, ma non a renderla giuridicamente possibile. La maggiore (o minore) estensione dell'attività normativa *legittimamente* esercitabile attraverso gli atti di una specie rispetto a quella esercitabile attraverso atti di specie diversa — che pure è prevista dalle astratte disposizioni sulle fonti — risulta *soltanto a seguito dell'effettivo esercizio di attività normativa*. La maggiore estensione (la competenza) di attività normativa legittimamente esercitabile è tale in virtù del fatto che questa sia stata effettivamente esercitata. Anche qui il positivismo espositiano ha un riscontro necessariamente realistico. Si spiega così come, mentre per Esposito « nella ipotesi di parziale regolamentazione di una materia, per esempio, con legge costituzionale, il divieto delle leggi ordinarie di derogarvi sia da ricostruire come sottrazione (nei confronti della legge ordinaria) della 'competenza' a disciplinare quel tanto della materia che risulta disciplinato dalla legge costituzionale », per Crisafulli invece il divieto « deriverebbe dalla superiorità della legge costituzionale su quella ordinaria », con la conseguenza che « secondo il Crisafulli le disposizioni di una legge ordinaria che ripetessero ciò che era già detto in legge costituzionale (o vi contravvenissero) » sono « valide e potenzialmente efficaci (e solo momentaneamente inutili) » (49). « Invece a seguire la tesi della incompetenza, anche dopo la abrogazione della legge costituzionale, disposizioni prese con una legge ordinaria durante il vigore della legge costituzionale (e che ripetano o la contradicano), non avrebbero (nè acquisirebbero mai) alcuna efficacia » (50).

* * *

In definitiva, i punti fermi e basilari del pensiero di Esposito in materia di produzione del diritto — in coerenza con le prime indagini

(49) *Op. loc. ult. cit.* In realtà la conseguenza che Esposito ha ritenuto trarre dalla ricostruzione del Crisafulli non è ineccepibile, come ho cercato di mostrare in altro luogo (*La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Vezio Crisafulli*, in *Dir. soc.*, 1993, 586 s., e in *Giur. cost.*, 1994, 529 s.) e tra l'altro essa sarebbe irrimediabilmente contraddetta dal fatto che la Corte costituzionale, durante il vigore della legge costituzionale, potrebbe — se ne fosse investita — annullare la legge ordinaria che vi contravvenisse, in quanto invalida, rendendola quindi inefficace. Ciò non toglie che, per le ragioni ivi esposte, la tesi della competenza, intesa nel senso lato di Esposito, sia più convincente di quella gerarchica mantenuta invece per ferma da Crisafulli nell'ipotesi del libero concorso di più fonti sulla stessa materia (v. sul punto, *op. ult. cit.*, 585 ss.; e rispettivamente, in modo più ampio, 526 ss.).

(50) C. ESPOSITO, *Op. loc. ult. cit.*

filosofiche — possono così sintetizzarsi, movendo da una Sua fondamentale premessa: « Alla base della incomprendione del fenomeno consuetudinario sta anche la più generale incomprendione del fenomeno della creazione del diritto in generale, e cioè la tesi che atti e comportamenti normativi, in genere, siano meri fatti privi di interiore forza creativa, che riceverebbero dall'esterno (e cioè dalle norme sulla produzione giuridica) efficacia normativa » ⁽⁵¹⁾.

Le regole sulla produzione del diritto (appunto: « regole sulla produzione del diritto » e non « regole produttive del diritto » ⁽⁵²⁾) « facilitano lo svolgimento delle attività a sè conformi e il raggiungimento dei fini che tali attività si propongono, mentre ostacolano le attività a sè contrarie » ⁽⁵³⁾; indirizzano, regolano e limitano la produzione giuridica, ma non la determinano o costituiscono. E non valgono a dare « assoluta certezza », nel senso di escludere la possibilità di normazioni da esse difformi. Anzi, qualora a fatti normativi, originariamente *extra ordinem*, segua una « consuetudine di obbedienza e di esecuzione », tanto basta a fornire la prova della loro vigenza e della conseguente invalidità delle regole sulla produzione disattese o contraddette.

Le relazioni tra le varie specie di fonti del diritto non sono regolate dal principio gerarchico, poiché « unica ed identica » è « la ragione per cui atti e comportamenti umani raggiungono forza normativa » ⁽⁵⁴⁾ e conseguentemente « gli atti e i comportamenti tendenti alla creazione del diritto quando raggiungono l'effetto normativo sono in ciò tutti pari e parimenti vincolanti » ⁽⁵⁵⁾ e le specie in cui si concretizzano si distinguono tra di loro per l'« estensione » dell'attività rispettivamente esercitabile (e, si deve aggiungere, concretamente esercitata), ossia per il fatto di poter disporre o meno della « abrogazione di disposizioni sorte in virtù di atti di diversa o di diverse specie », « secondo le presunzioni delle disposizioni sulle fonti » ⁽⁵⁶⁾, che possono però, come si è detto, essere in fatto disattese e contraddette.

Decisivo è pertanto il ruolo della consuetudine costituzionale, la quale se durante la crisi degli ordinamenti ha « la funzione di rendere certa la sussistenza » di ogni regola giuridica ⁽⁵⁷⁾, ossia ha « efficacia ricognitiva e confermativa (ma non costitutiva) della normatività » degli « atti di imposizione di norme giuridiche » ⁽⁵⁸⁾, svolge poi, « in ogni

⁽⁵¹⁾ *Op. ult. cit.*, 300.

⁽⁵²⁾ *Op. ult. cit.*, 306.

⁽⁵³⁾ *Op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁴⁾ *Op. ult. cit.*, 318.

⁽⁵⁵⁾ *Op. ult. cit.*, 319.

⁽⁵⁶⁾ *Op. ult. cit.*, 321.

⁽⁵⁷⁾ *Op. ult. cit.*, 308.

⁽⁵⁸⁾ *Op. ult. cit.*, 310.

momento della vita degli ordinamenti », ma « nei confronti delle sole regole sulla produzione del diritto » ⁽⁵⁹⁾ la funzione « di offrire prova e conferma della validità delle disposizioni sulle fonti » ⁽⁶⁰⁾.

* * *

B) Ma il significato della consuetudine costituzionale è ancora più comprensivo: essa finisce per integrare le lacune del diritto costituzionale vigente, ogni volta che « la soluzione dei problemi costituzionali concreti » sia « affidata alle decisioni concordate o non osteggiate prese dalle istituzioni costituzionali stesse nel corso della loro attività » ⁽⁶¹⁾ e che tali puntuali convenzioni si perpetuino e « da semplice precedente » acquisiscano « carattere di generale eliminazione della lacuna o di consuetudinaria integrazione dell'ordinamento » ⁽⁶²⁾.

Infine « le consuetudini costituzionali, oltre che valore confermativo delle regole scritte, fondamentali (e costituzionali) sulla produzione del diritto, oltre che valore completivo delle lacune della Costituzione, hanno inoltre valore costitutivo degli stabili principi generali dell'ordinamento » ⁽⁶³⁾. Qui il pensiero dell'Esposito attinge l'acme del realismo, pur non disgiunto da una solida base positivista.

* * *

Mi sono molto soffermato sul tema della produzione giuridica, in generale, non solo perché questo è un tema centrale nella speculazione espositiana, ma perché esso è emblematico della complementarità tra la Sua visione unitaria del fenomeno giuridico, il positivismo e l'accentuato realismo che la contraddistinguono.

Ma il positivismo realistico non si ferma al tema delle fonti, esso investe la stessa concezione della Costituzione: Costituzione soltanto formale sì, ma poi contenente norme che « non sono legate solo a condizioni giuridiche di validità » bensì sono vigenti, in definitiva, soltanto « se siano anche in grado di *farsi valere concretamente* come regole sugli organi supremi dello Stato; se determinino la *forma effettiva* di governo ... [se] precisino il fine, la estensione e i limiti *reali* del potere statale » ⁽⁶⁴⁾. È la *reale capacità* di regolare non solo gli atti e i comportamenti normativi, ma pure i comportamenti degli organi su-

⁽⁵⁹⁾ *Op. ult. cit.*, 311.

⁽⁶⁰⁾ *Op. ult. cit.*, 313.

⁽⁶¹⁾ *Op. ult. cit.*, 325.

⁽⁶²⁾ *Op. ult. cit.*, 326.

⁽⁶³⁾ *Op. ult. cit.*, 333.

⁽⁶⁴⁾ *La validità delle leggi*, cit., 205-6 (corsivi miei).

premi e delle forze politiche, a condizionare qualsiasi Costituzione, al punto che, anche qui, è la consuetudine (costituzionale) in tutta la sua potenzialità, anche la consuetudine *contra legem*, ad assumere un ruolo privilegiato.

L'equilibrio tra positivismo e realismo è emblematicamente illuminato da un passo poco conosciuto o in genere trascurato forse perché consegnato in una nota de *La consuetudine costituzionale* ⁽⁶⁵⁾, ma che mi piace riportare nella sua interezza: « La contrapposizione tra regole sulla produzione del diritto 'relativamente' valide, e regole giuridiche sostantive dalla validità assoluta, non esclude (nè vuole escludere) che atti contrari a disposizioni materiali, quando abbiano costante ed uniforme contenuto specifico, possano comporsi in consuetudine *contra legem* ». Questa è una premessa schiettamente realistica. « Tuttavia, in questo caso, fino alla formazione di consuetudine contraria, gli atti illeciti, restano tali e la regola che proibiva quegli atti conserva pieno ed assoluto vigore ». E questa è una notazione certamente positivistica. « Ciò che invece, in questo come in ogni altro caso di regola sulla produzione del diritto, non ha assoluta vigenza è la disposizione ... che gli atti illeciti non possano fondersi in consuetudini *contra legem*, o che consuetudini *contra legem* non siano ammissibili. Questa regola, come ogni regola sulla produzione del diritto, non ha valore assoluto ma solo relativo, poiché il giudizio definitivo sulla attitudine di un atto o di una serie di atti uniformi (e cioè di un comportamento consuetudinario) a creare diritto non spetta alle norme che vogliono disciplinare tale produzione, ma ai fatti nella loro realtà ». E qui il metro realistico torna a prevalere e a risultare decisivo.

Ma è possibile identificare ed isolare la « materia costituzionale » rispetto alle altre materie, sulla base di criteri giuridici e non politici? La risposta negativa, contenuta ne *La validità delle leggi* ⁽⁶⁶⁾, è temperata dalla considerazione che « la validità delle disposizioni [sostanzialmente costituzionali] resta *subordinata, per la medesima natura del loro contenuto, alla loro capacità di tradursi in atto* » ⁽⁶⁷⁾. Così che la natura costituzionale, pur eminentemente definibile in sede « politica », diviene giuridicamente rilevante ⁽⁶⁸⁾ in quanto si caratterizza per uno speciale condizionamento al metro della verifica realistica. Insomma, il diritto costituzionale, inteso in senso lato — e non limitato agli ambiti disciplinati dalla Costituzione formale e dalle leggi costituzionali — è per sua natura un diritto condizionato alla sua capacità di tradursi in atto, e soprattutto alla sua durevole vigenza e ripetuta osservanza.

⁽⁶⁵⁾ Nota 55 a p. 312.

⁽⁶⁶⁾ P. 208 s.

⁽⁶⁷⁾ *La validità*, cit., 210 (corsivo mio).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. D. NOCILLA, *Presentazione*, cit., XXI.

* * *

È a prima vista curioso notare come Esposito, negatore della categoria della « costituzione materiale », e fermo sostenitore, invece, del concetto di « costituzione formale », inviti poi il giurista a non fermarsi ad « una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione » ma ad operare « una viva ricostruzione della *vivente Costituzione* ... ispirandosi alla storia e agli svolgimenti degli istituti » (69). « Costituzione vivente » non è che una specificazione di quel « diritto vivente » che costituisce l'oggetto proprio della ricerca del giurista (70). Ma, tra costituzione vivente e costituzione materiale corre lo stesso rapporto che vi è tra la conoscenza di un oggetto reale (la costituzione qual è) e la prescrizione di uno scopo da perseguire (la costituzione quale deve essere o quale deve tendere ad essere in quanto sostenuta dalle forze dominanti). Esposito è lontano da una concezione prescrittiva della Costituzione, sia pure ricostruita sulla base di dati storico-politici, perché — come si è già detto — la scienza giuridica non può oltrepassare i propri confini — e questo è un assunto propriamente positivistico — ma deve indagare e conoscere il suo oggetto per quel che esso *realmente* è, nella sua composita (e talora contraddittoria) struttura: il dato linguistico e letterale e la sua attuazione e conversione nella storia e negli svolgimenti degli istituti giuridicamente prefigurati, insomma nell'esperienza giuridica — e questo è appunto l'ineliminabile aspetto realistico di ogni ricerca. L'oggetto della ricerca del costituzionalista è la Costituzione formale nella sua attuazione concreta, che si verifica nella prassi politica.

Ma non si deve credere, per altro, che in questo senso il metodo della ricostruzione dogmatico-positivistica sia abbandonato. Anzi, Esposito è molto cauto in proposito.

Un solo esempio varrà a chiarire — io spero — il Suo modo di procedere. Secondo la Sua ricostruzione dogmatico-positiva del nostro sistema costituzionale, la controfirma ministeriale (agli atti del Capo dello Stato), comunque la si intenda, come certificazione o sottoscrizione, assume « la funzione di rendere palese chi ha avuto una posizione attiva o determinante nella formazione dell'atto e non chi abbia eventualmente esplicato una funzione di mero controllo » (71).

Questa tesi, in perfetta linea con il sistema di governo parlamentare che, secondo Esposito, è la caratteristica della nostra forma di governo, si oppone ad ogni altra ricostruzione dell'istituto che voglia puntare su una sostanziale distinzione tra gli atti del Presidente della Repubblica

(69) *La Costituzione italiana*, cit., 266 (corsivo mio).

(70) V. CRISAFULLI, *In memoria*, cit., XI.

(71) *Saggio sulla controfirma ministeriale*, in *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Milano, 1962, riprodotto in *Diritto costituzionale vivente*, cit., 65 ss., 105.

che valga « a favore della tesi che la controfirma ministeriale possa assumere vario significato a seconda degli atti cui è apposta » (72). È bensì vero che tale « opinione avversata ha tanto seguito tra i cultori del diritto pubblico e tra i divulgatori di tali opinioni, e ha trovato tali consensi (malgrado i dissensi) in Parlamento ed è tanto conforme al comportamento dei Presidenti della Repubblica fin qui succedutisi in Italia, cui si sono piegati i governi (malgrado qualche decisa, sporadica opposizione nei singoli casi) da doversi dire che essa, seppure falsa in astratto, è stata inverata dai fatti » (73). Realisticamente, dunque, una siffatta opinione dovrebbe assorgere a precisa determinazione di un « nuovo diritto » prevalente « sulle norme del diritto scritto relative alla necessaria ed identica collaborazione tra Capo dello Stato e ministri e all'unico e pari significato della controfirma in tutti gli atti del Capo dello Stato » (74); ma Esposito mostra qui una « resistenza » positivista molto significativa, dal momento che i ricordati fatti « sono ancora troppo legati agli uomini ed ai temperamenti degli uomini che li hanno posti in essere, ed a situazioni politiche e psicologiche contingenti, perché si possa sostenere che già ormai un nuovo diritto si è instaurato » (75).

Come si vede, la verifica realistica non è sempre tale da poter facilmente prevalere sul diritto positivo, inteso *stricto sensu* come diritto scritto, come diritto imposto dalle disposizioni della Costituzione o delle leggi.

* * *

Tuttavia, questa « cautela » positivista e legalistica non vale a revocare in dubbio l'assunto di fondo del pensiero espositiano, secondo cui, come si è ricordato, il costituzionalista deve offrire « una viva ricostruzione della vivente Costituzione » e non già limitarsi ad « una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione » (76), e, più in generale, deve considerare che il diritto costituzionale non consiste « solo di disposizioni specifiche sulla produzione del diritto o di disposizioni puntuali relative alla organizzazione degli organi politici dello Stato, ma anche di principi giuridici sostantivi o materiali che determinano la struttura totale della comunità » (77).

E qui si innesta un altro motivo dominante nel pensiero di Esposito: *il diritto non è riducibile alla singola norma* (78), poiché « nessuna

(72) *Op. ult. cit.*, 106.

(73) *Op. ult. cit.*, 107.

(74) *Op. loc. ult. cit.*

(75) *Op. loc. ult. cit.*

(76) *La Costituzione italiana*, cit., 266.

(77) *La consuetudine costituzionale*, cit., 333.

(78) *Diritto naturale vigente*, cit., 173.

disposizione dell'ordinamento, nella sua individua esistenza, per generica o generale che sia, può esaurire lo spirito o il significato dell'ordinamento, come molteplicità o totalità di disposizioni » (79). E questa può ben dirsi una tesi tradizionale della dottrina giuridica, secondo la quale i principi del diritto sono « da considerare immanenti nelle disposizioni dell'ordinamento » e debbono perciò « dedursi da esse, o dalla loro totalità, attraverso generalizzazioni successive o comprensione e ricostruzione dello spirito unitario delle disposizioni » (80). Ed è la tesi sui principi costituzionali o fondamentali dell'ordinamento che ad Esposito pare « indubbiamente preferibile », rispetto all'altra, secondo cui tali principi possono o debbono « essere determinati o imposti all'ordinamento in virtù di particolari e puntuali atti normativi aventi ad oggetto proprio la determinazione dei principi dell'ordinamento » (81). E questo per la decisiva « verità di ragione » che « se ciascuna disposizione partecipa alla formazione dell'ordinamento ciascuna deve partecipare pure alla determinazione dello spirito dell'ordinamento sicché l'essenza di questo può cogliersi solo *per induzione o esplicazione*, in base alle divergenze o alle convergenze, *da tutte le disposizioni*, nessuna esclusa, anche se alcune disposizioni generali espressamente o puntualmente imposte e alcune norme generali da esse deducibili possano acquisire particolare rilievo rispetto alla determinazione dei principi generali del diritto e ai principi costituzionali dell'ordinamento » (82).

Ma l'una tesi non esclude l'altra (quella secondo cui i principi si possono trarre da specifiche disposizioni, decisioni o imposizioni entro l'ordinamento); solo che quest'ultima non può assorbire la prima: non si può pretendere insomma che i soli principi dell'ordinamento siano quelli imposti o formulati in specifiche disposizioni. E se è vero che i principi indotti o ricostruiti a partire dalle norme esistenti non esplicano « alcuna funzione nella interpretazione delle disposizioni giuridiche (dato che essi sono una risultante e non un coefficiente della interpretazione delle disposizioni giuridiche) », è altrettanto vero che essi, quando in virtù della loro « durevole vigenza » o « della ripetuta adeguazione delle disposizioni successivamente vigenti ai medesimi principi, ... da puntualmente vigenti divengano una costante dell'ordinamento o principi consuetudinari di esso », acquistano così una rilevanza « ben diversa o maggiore » (83), sia in sede interpretativa (nei confronti delle disposizioni anche future) sia facendo degradare le singole eventuali disposizioni in contrasto a « regole eccezionali o

(79) *La consuetudine costituzionale*, cit., 338.

(80) *Op. ult. cit.*, 337 s.

(81) *Op. ult. cit.*, 335.

(82) *Op. ult. cit.*, 338 s. (corsivi miei) e ivi in nota 107 la critica alla radicalizzazione crisafulliana della tesi contraria.

(83) *Op. ult. cit.*, 340.

addirittura singolari ... inette ad espandersi e a generare ulteriori e derivate norme del sistema »⁽⁸⁴⁾.

Come si vede, anche nei confronti dei principi generali o costituzionali, la consuetudine, stabilizzandoli, gioca un ruolo decisivo, esprimendo la profonda vocazione realistica del pensiero espositivo.

* * *

In questo modo, quello che preme rilevare è che la funzione svolta dalla consuetudine costituzionale (confermativa) non si limita a sostenere la vigenza delle regole sulla produzione del diritto, ma è rivolta tanto alla eliminazione delle lacune costituzionali, quanto alla stabilizzazione dei principi dell'ordinamento. In altri termini la verifica realistica investe la stessa organizzazione dello Stato-governo in tutte le sue dimensioni.

Dalla instaurazione di un ordinamento alla sua vita normale, la verifica dei fatti è sempre predominante.

Esposito rigetta anzitutto la tesi che nell'instaurazione di fatto di un ordinamento vadano ricercati i criteri che valgono a legittimarla. Anzi esclude persino « la ammissibilità stessa di un problema della legittimazione delle instaurazioni di fatto », poiché, ancora una volta, « la generale attitudine degli uomini a creare diritto con i propri atti o comportamenti spiega e giustifica allo stesso modo le instaurazioni di fatto e ogni creazione di norme giuridiche »⁽⁸⁵⁾, così che « la consuetudine del rispetto e della obbedienza agli atti tendenti a normatività posti in essere da uomini o istituzioni determinate (o il passaggio dalla puntuale obbedienza agli imperativi singoli alla costante obbedienza alle norme imposte) offre nelle instaurazioni prova della effettiva normatività degli atti (sostituendo quella prova che nello svolgimento della vita degli ordinamenti è offerta dalla conformità degli atti normativi ai tipi previsti alle stabilizzatesi e vigenti disposizioni sulla produzione del diritto) »⁽⁸⁶⁾.

E anche durante la normale vita dell'ordinamento la verifica dei fatti è ineludibile.

Ma torna qui, di nuovo, il motivo positivistico nel pensiero di Esposito. Basti ripercorrere almeno alcuni degli studi ripubblicati nel secondo volume degli *Scritti*, studi dedicati, tra il 1935 e il 1940, all'analisi del sistema costituzionale di allora e della forma e dei casi di rappresentanza nel diritto pubblico, ossia ai problemi relativi all'« or-

⁽⁸⁴⁾ *Op. ult. cit.*, 341.

⁽⁸⁵⁾ *Op. ult. cit.*, 309 nt. 50.

⁽⁸⁶⁾ *Op. ult. cit.*, 309-10 nt. 50.

ganizzazione del potere, nei suoi rapporti con l'astratta persona giuridica dello Stato, da una parte, e con la concreta e vivente realtà della comunità nazionale, del popolo, dall'altra » (87).

Nel lavoro su *Lo Stato e la Nazione italiana* (in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 409 ss.) in cui si affrontano le questioni degli elementi costitutivi dello Stato, del rapporto Stato-nazione, della forma di governo nell'ordinamento italiano, degli elementi essenziali della rappresentanza politica, Esposito, nel dedurre che « il nostro ordinamento, identificando Stato e Nazione come enti sociali », esclude che lo Stato « si risolva in un insieme di individui, stabiliti su un determinato territorio e sottoposti alla medesima potestà di imperio » (p. 248 degli *Scritti*), asserisce più in generale che « non esistono argomenti astratti per decidere se il popolo, il territorio e la stessa potestà di imperio siano costitutivi dello Stato nel senso tradizionale oppure se essi appartengano allo Stato (nel senso svolto nel testo); e che la ricerca degli elementi reali dello Stato va posta in rapporto al singolo Stato (alla sua realtà storica ed al riconoscimento di tale realtà nel singolo ordinamento giuridico) e non in rapporto allo Stato in genere, che è una astrazione e perciò non ha elementi costitutivi reali » (p. 251 in nota, corsivo mio). È questo passo può ben essere considerato un esplicito manifesto di quello che ho definito « positivismo realistico ». Tesi ripresa e sviluppata nei saggi su *La rappresentanza istituzionale* (in *Annali della R. Univ. di Macerata*, 1937, XI, 201 ss. e poi in volume, Tolentino, 1938 e ancora negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1939, 303 ss.), su *Lo Stato fascista* (in *Jus*, 1940, 102 ss.) e su *Lo Stato nazionale fascista* (in *Stato e diritto*, 1942, 179 ss.).

E, ancora, nello studio su *Lo Stato fascista e le associazioni* (Padova, 1935), rivolto a « definire il concetto di associazione secondo l'ordinamento vigente per dare poi una trattazione sistematica unitaria e completa del diritto di associazione » (p. 92 degli *Scritti*), dal momento che del concetto manca una definizione legislativa, Esposito afferma significativamente che « la determinazione della natura particolare delle associazioni (come già quella dei caratteri discretivi dalle riunioni), allo stato attuale della nostra legislazione, non deve avvenire attraverso una definizione puramente nominale della parola 'associazione' e non deve farsi in via astratta e teorica, ma, *realisticamente*, attraverso l'esame dell'ordinamento giuridico positivo italiano » (pp. 140-1, il corsivo è mio) così da ricomprendervi le associazioni di fatto.

* * *

Questo positivismo realistico proprio del pensiero espositiano, garante della stessa visione unitaria del fenomeno giuridico, è caratte-

(87) V. CRISAFULLI, *In memoria*, cit., X.

rizzato dal fatto — come si è già detto, ma che non bisogna trascurare — che il primo dato reale da cui muove (deve muovere) ogni ricerca è rappresentato proprio dal diritto positivo, dalle norme di un determinato ordinamento giuridico. Ciò non toglie che le norme dell'ordinamento positivo debbano poi trovare un riscontro o una verifica nei fatti reali. Se è già realtà il diritto positivo come tale, esso poi deve essere *realizzato* nei fatti, e soprattutto — come ha dimostrato l'ultimo Esposito — nel fatto consuetudinario, che lo confermi, lo convalidi, lo stabilizzi.

Ed è questo un filo che percorre tutta l'opera espositiana.

Nel terzo e nel quarto volume degli *Scritti* sono ripubblicati i lavori del periodo repubblicano che non sono già stati ripubblicati altrove (ossia nei volumi *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954 e *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992).

Qualche spunto tratto dagli scritti ora ripubblicati e dagli altri, sempre del periodo repubblicano, varrà a confermare la continuità di pensiero e di metodo.

Tra i diversi contributi ripubblicati negli *Scritti*, spiccano alcuni interventi a vari convegni. Per es. l'intervento al Convegno di studi sindacali sui temi *Posizione del sindacato nello Stato democratico, contrattazione collettiva e diritto di sciopero* (in *Atti*, Roma, 1949, 85 ss., 149 ss.). In esso Esposito oppone, a chi sosteneva già allora l'esigenza di una « migliore riforma del testo della Costituzione » o di una « migliore Costituzione da dare all'Italia », di procedere alla « migliore » o « più razionale interpretazione del testo della nostra Costituzione », ossia di « trovare la via della soluzione nei limiti di questi articoli del testo costituzionale » (p. 33 degli *Scritti*), poiché « tutti i problemi debbono essere trattati sotto il profilo dell'attuazione della Costituzione » (p. 34). E alla Sua proposta di « una delimitazione delle categorie da disciplinare con contratti collettivi » che non Gli sembra incompatibile con la « piena libertà sindacale » e non appare quindi incostituzionale, come qualcuno potrebbe opinare, Esposito fa seguire un'importante affermazione: « ci mancherebbe altro che dovesse dirsi conforme alla Costituzione solo quello che sia detto esplicitamente nel testo costituzionale! » (*ibidem*). Come si vede, anche qui il positivismo espositiano è temperato dal ricorso allo « spirito » della Costituzione (p. 35), al « raggiungimento dei fini sociali ed economici che la Costituzione tassativamente affida allo Stato » (p. 33) e, in definitiva, a quelle esigenze di stabilità e certezza del diritto ⁽⁸⁸⁾ « che escludono che lo Stato possa rimanere indifferente, o dare il proprio appoggio, al 'caos' invece che alla disciplina sindacale » (p. 34).

(88) Cfr. C. MORTATI, *Carlo Esposito*, cit., 986.

E ancora, negli interventi al Convegno sul tema *Funzioni e ordinamento dello Stato* (in *Quaderni di Justitia*, II, Roma, 1951, 96, 122 ss. e 138 ss.), dopo aver denunciato l'inconciliabilità « con il sistema giuridico costituzionale vigente in Italia (e con il sistema di un qualsiasi Stato libero) » (p. 43 degli *Scritti*) dell'idea di un'economia pianificata, ritenendo ammissibile soltanto quella di una economia programmata, si sofferma sulla posizione dei partiti politici e respinge con decisione quelle tesi estremamente realistiche (non sono i deputati e i senatori a fare le leggi, ma i partiti; non è il Capo dello Stato che nomina il Capo del Governo, ma è il partito di maggioranza ...) che vorrebbero « sostituire alle finzioni delle costituzioni oggi in vigore, nuove costituzioni conformi alla realtà, che ... riconoscano ai partiti la pienezza dei poteri ». Solo che « un tale riconoscimento svisterebbe però la natura dei partiti, trasformerebbe i partiti in organi dello Stato, in istituzioni giuridiche fisse, mentre essi organi dello Stato non sono, ma libere unioni di cittadini che influiscono o determinano la attività statale » (p. 44). Anche qui Esposito si tiene fermo alla lettera e ancor più allo spirito della Costituzione, riconoscendo la particolarità di un simile rapporto che non è di immedesimazione tra Stato e partiti: « Appunto però perché i partiti determinano la attività statale lo Stato non può, non deve ignorarli; seppure poiché essi sono partiti e non organi burocratici o collegiali dello Stato, non deve svisarne la natura » (*ibidem*). Infine, sempre movendo dalla natura dello Stato costituzionale italiano — che non è Stato classista — esclude la ammissibilità di partiti classisti e movendo altresì dalla distinzione e separazione, che è nella nostra Costituzione, tra organizzazioni sindacali e partiti, esclude pure, come incostituzionale, « la creazione di partiti-sindacato o di sindacati-partito » (p. 45), concludendo che « ogni Stato si ispira ai propri principi fondamentali di vita. Gli Stati classisti hanno i loro principi, gli Stati non classisti, come quello italiano, ne hanno altri », così che « riconosciute funzioni pubbliche ai partiti ... non è inevitabile imporre a tale partiti (come ritengo abbia fatto lo Stato italiano nell'art. 49 della Costituzione) di agire nei limiti dei principi fondamentali dello Stato? O solo gli stati classisti hanno il privilegio e la necessità di ammettere solo partiti classisti; mentre invece gli stati non classisti (o che si credono tali) non hanno la possibilità o necessità di escludere i partiti classisti, che minacciano le basi della loro esistenza? » (*ibidem*). E questo è schietto positivismo e, se si vuole, positivismo pluralistico e relativistico.

Del resto, il diritto positivo è sempre diritto di un determinato ordinamento, in una visione pluralistica e relativistica, opposta a quella monistica kelseniana.

Ma poi anche questo positivismo può risultare insufficiente e inappagante. Quando negli interventi al Convegno sul tema *La pianificazione economica e i diritti della persona umana* (in *Quaderni di Justitia*,

VI, Roma 1955, 84 ss., 162 ss. e 169 ss.) in cui precisa in qual senso gli interventi dello Stato in una economia libera possano o debbano essere pianificati, mentre professa il Suo ruolo di giurista fedele alla Costituzione che « ha creduto di pianificare lo svolgimento della vita italiana nei secoli, e di poter risolvere in sede astratta i problemi concreti che si sarebbero presentati agli italiani a venire: che ha sancito solennemente che il principio della libertà economica è conciliabile con quello della soddisfazione dei bisogni delle masse, che libertà economica e pianificazione dall'alto non sono principi in contrasto, ... che la libertà sindacale, il diritto di sciopero sono conciliabili con la pianificazione », avverte poi con amarezza, con « sconforto », che una simile Costituzione « del tutto rosea, del tutto razionale, che risolve nel migliore dei modi (negandoli) tutti i problemi, una Costituzione che per eccesso di razionalità (pervasa dal senso di ciò che dovrebbe essere secondo ragione nel migliore dei mondi) è *per il nostro mondo* la più irrazionale ed utopica che si potesse immaginare » (p. 92 degli *Scritti*, corsivo mio). « Di qui il mio sconforto. Sento che c'è un problema da risolvere diversamente dal previsto della Costituzione, ma come giurista debbo negare che ci sia un problema insoluto dalla Costituzione » (p. 93). In questa *Spannung* tra il testo (e lo spirito) della Costituzione e la realtà con i suoi insoluti problemi corre il limite pur insuperabile del positivismo e si apre, ancora una volta, la possibilità di verificare la tenuta di ogni diritto positivo alla luce dei fatti.

* * *

Infine, per restare ancora agli interventi a convegni di quel periodo, è opportuno ricordare come il positivismo realistico (e storicistico) di Esposito Gli suggerisce con riferimento ai concetti più generali, ma sempre in linea con le sue premesse filosofiche, affermazioni come queste: « Molto probabilmente c'è un problema grosso della libertà dell'Uomo (con U maiuscola) e ci sono alcuni problemi concreti che vanno risolti in un senso piuttosto che in un altro non perché una soluzione sia in astratto conforme a libertà e l'altra no, ma perché l'una storicamente soddisfa la sete concreta di libertà degli uomini (o è ritenuta conforme a libertà) e l'altra no » (*Intervento* al Convegno sul tema *Persona, società intermedie e Stato*, in *Quaderni di Justitia*, X, Roma, 1958, 37 ss., 161 del terzo volume degli *Scritti*), con la conseguenza che « se i monopoli siano conformi o difformi a libertà, non può dedursi in via logica dal principio di libertà, ma solo in modo del tutto storico e contingente in rapporto a situazioni concrete e che il decidere se debba essere data piena libertà alla stampa o se (proprio in nome di altre libertà) non debbano essere posti limiti al diritto di cronaca, e così via, dipende dalla intensità con la quale una esigenza di libertà sia

sentita in una determinata società, e non perché essa sia in astratto conforme a libertà » (p. 162).

Dunque Esposito è storicista e in questo storicismo risiede la radice del Suo positivismo realistico. Ma vi sono poi conquiste della storia che Egli ritiene definitive e irrinunciabili. Nello stesso convegno appena citato, e in polemica con Costantino Mortati, Egli afferma, proprio in tema di libertà e dei problemi suscitati dai rapporti « libertà-uguaglianza », « libertà-socialità » e « libertà-democrazia », che « io credo che ad alcune libertà va riconosciuto un valore assoluto ... che la sete di giustizia non deve farci dimenticare che sono state conquistate nella storia alcune libertà inviolabili ed intangibili » e a « chi profetizza che sacrificando oggi la libertà otterremo domani giustizia e libertà » risponde che « mentre è certo quel che perdiamo oggi è incerto quel che domani conquisteremo » (p. 163). Dunque il positivismo realistico e lo storicismo di Esposito è certamente uno storicismo liberale.

* * *

Ancora nel terzo volume degli *Scritti* sono ricompresi alcuni importanti contributi relativi alla giustizia costituzionale, tematica mai disgiunta da quella delle fonti del diritto ⁽⁸⁹⁾.

Significativa, quanto altro mai, è la *Replica* durante il dibattito sulla Sua relazione dal titolo *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, del 1950, Padova, 1953, 77 ss., 37 ss. degli *Scritti*). In essa, dopo aver ricordato la tesi, su cui mi sono dettagliatamente soffermato, che « la regolamentazione della 'creazione' del diritto ha un significato che non deve essere sopravvalutato », e che lo spinse, ne *La validità delle leggi* del 1934, « quando in Italia era comune la idea della onnipotenza del legislatore », ad « accentuare che il legislatore può, da un punto di vista giuridico-formale e di diritto positivo, incontrare limiti », aggiunge significativamente che « oggi che nessuno dubita tra noi della possibilità logica di limiti al legislatore, e che si esalta l'istituto del controllo generale sulla costituzionalità delle leggi (con incosciente ignoranza dei pericoli dell'istituto), ho voluto porre in guardia contro le esagerazioni in senso opposto. Contro coloro, cioè, che credono che attraverso una Corte costituzionale la creazione del diritto risulterà incatenata al diritto » (p. 39). L'apparente repentino mutamento di opinione (possibilità di limiti al legislatore anche in regime di costituzione flessibile, impossibilità di porre limiti, oltre una certa misura, anche in regime costituzionale rigido e con controllo accentratore di costituzionalità) è in realtà figlio della stessa idea madre che la creazione del diritto è sempre sì condizionata, in definitiva, dal rispetto delle

(89) Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 45-6.

regole sulla produzione ma che se queste regole non sono rispettate vi è una *nuova* creazione di diritto.

Ma altre sono ancora le feconde opinioni (inverate dalla giurisprudenza successiva soprattutto con riferimento alla varia tipologia delle sentenze) espresse nella *Relazione* e ribadite nella *Replia*: che il controllo di costituzionalità « alcune volte ... riguarda l'atto [legislativo], altre volte la norma », come avviene « nel caso di invalidità successiva di una legge (per mutamento delle regole costituzionali disciplinatrici del contenuto delle leggi) », in cui « si indaga se la norma sia ancora rispondente alla Costituzione, per quanto l'atto legislativo, posto in essere in determinato anno, mese e giorno, fosse conforme a costituzione » (*ibidem*), un caso quest'ultimo che peraltro non è stato sempre correttamente interpretato nella giurisprudenza costituzionale. Ma è l'ulteriore considerazione a far riflettere. Dice ancora Esposito: « Ho poi cercato di dimostrare, sempre nella mia relazione, che mentre sono ammissibili controlli sugli atti e sulle norme legislative, non è ammesso (per lo meno nel nostro ordinamento) e sarebbe comunque aberrante, un controllo più penetrante alla attività legislativa: un controllo diretto a sindacare l'eccesso di potere o il merito degli atti legislativi » (*ibidem*). Anche questa affermazione non mi pare sia stata condivisa dalla giurisprudenza costituzionale, specie se si considera il sempre più penetrante controllo sulla ragionevolezza delle leggi. Ma il positivismo di Esposito cede, ancora una volta, di fronte alla verifica dei fatti: « Purtroppo, però, se la Corte usurperà anche questo potere, e da organo giurisdizionale si trasformerà in organo politico, converrà mutare opinione: in Italia non esiste infatti alcuna Corte che possa controllare l'operato della Corte costituzionale. È tuttavia da ringraziare la Provvidenza Divina che i nostri costituenti, nel desiderio di darci una Costituzione completa, razionale, pianificata non si siano preoccupati anche di questo problema, e non ci abbiano regalato una Super-Corte costituzionale, col compito specifico del controllo sull'operato della Corte » (pp. 39-40).

Positivismo sì, realismo anche, ma soprattutto scetticismo nei confronti di un legislatore, costituente o non, onnisciente e onnipotente, che voglia tutto prevedere e disciplinare ...

* * *

L'interesse critico per la giurisprudenza costituzionale è divenuto crescente e si è concretato dal momento in cui è entrata in funzione la Corte costituzionale che coincide con l'anno, 1956, di fondazione della Rivista *Giurisprudenza costituzionale*, concepita come luogo di continuo confronto critico tra la giurisprudenza e la riflessione dottrinarina. Il diritto costituzionale acquistava con l'avvento della Corte una dimen-

sione giurisprudenziale che non aveva mai prima avuto, e così il metodo esegetico-concettuale, tanto caro ad Esposito, si trasformava in un metodo critico e di commento di quel diritto costituzionale che era ormai divenuto « realtà vivente, che deve essere colta nella immediatezza delle molteplici manifestazioni nelle quali si spiega »⁽⁹⁰⁾.

Ma il programma della Rivista (sorta su iniziativa anche di V. Crisafulli, M. S. Giannini, C. Mortati e G. Vassalli) non era semplicemente quello di un osservatorio critico del diritto costituzionale giurisprudenziale; era molto di più: era « un programma di rinnovamento profondo degli studi, che avrebbe dovuto aprire l'interpretazione della Costituzione ad una 'ideale convergenza di ispirazioni' e alla 'comune fedeltà ai valori assunti a fondamento del nuovo Stato', e dispiegare le virtualità di innovazione dei nuovi principi costituzionali, facendole sgorgare dal confronto con il diritto costituzionale 'vivente', quale si formava nell'esperienza giurisprudenziale »⁽⁹¹⁾.

Insomma la copiosa, ininterrotta, lucidissima opera di commento — che è compendiata nel quarto volume degli *Scritti giuridici scelti*, e di cui si darà preciso conto nella successiva *Nota bio-bibliografica* —, sia per l'oggetto, sia per il metodo, sia anche per gli scopi perseguiti forma un tutto unitario, un mosaico coerente, così che potrebbe ripetersi alla lettera quello che è stato detto anche a proposito dei più ampi e contemporanei saggi (Capo dello Stato; controfirma ministeriale; libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano; decreto-legge; consuetudine costituzionale; Costituzione, legge di revisione della Costituzione e 'altre' leggi costituzionali) che non sono ripubblicati negli *Scritti*, perché già ripubblicati altrove, ossia che « da ognuno di essi potrebbe trarsi il complesso di teorie, se non il sistema, che recano insieme posizioni e concetti »⁽⁹²⁾.

In un saggio, contenuto invece nel terzo volume della presente raccolta di *Scritti*, e dedicato a *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando* (in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 69 ss., 49 ss. degli *Scritti*) — e che potrebbe anzi in qualche luogo ritenersi quasi autobiografico⁽⁹³⁾ — si legge che tra gli scritti di Orlando esiste « una unità che non è nè formale-sillogistica, nè espositiva, ma sostanziale, obiettiva ed interiore: quella unità insomma che, sola, può esistere tra discorsi autonomi pensati ed espressi separatamente » (p. 55). E che Orlando « formulò pensieri e concezioni sul diritto, sullo stato, e sui singoli istituti giuridici che non hanno significato contingente, relativo

⁽⁹⁰⁾ Così si legge nella *Presentazione* della rivista, in *Giur. cost.*, 1956, I s.

⁽⁹¹⁾ P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1270. Le espressioni contenute nelle virgolette interne sono della citata *Presentazione* della rivista *Giurisprudenza costituzionale*.

⁽⁹²⁾ D. NOCILLA, *Presentazione*, cit., XXVII e nt. 92.

⁽⁹³⁾ Cfr. V. CRISAFULLI, *In memoria*, cit., VIII s.

ai tempi, ai luoghi, ai modi con cui furono detti, ma hanno quel valore che trascende il tempo e lo spazio proprio delle opere di pensiero » (p. 76). E questo vale anche per Esposito.

* * *

Molto altro ci sarebbe da dire sull'opera di Carlo Esposito, ma il mio discorso (nel quale ho cercato di far parlare soprattutto il Maestro con le Sue parole tratte da alcuni dei Suoi scritti più significativi) da breve che voleva essere si è fatto troppo lungo.

E di questo chiedo venia.

Ma non voglio tralasciare un'ultima considerazione.

Il realismo di Esposito, ossia la ferma opinione che il diritto costituzionale sia « realtà vivente », consente di valutare se il custode della Costituzione sia piuttosto, schmittianamente, il Capo dello Stato, ovvero, kelsenianamente, il giudice costituzionale.

La diffidenza di Esposito verso l'istituzione della Corte costituzionale, il timore che questa potesse trasformarsi in un soggetto politico, le critiche rivolte al potenziamento dei suoi poteri e al conseguente depotenziamento del Parlamento che rimane per Lui il soggetto centrale del sistema parlamentare positivamente vigente in Italia, sembrano piuttosto avvicinarlo alle critiche rivolte da Schmitt a Kelsen. E tuttavia proprio il ruolo centrale del Parlamento nel sistema Gli impedisce di contrapporre il Capo dello Stato, come rappresentante della continuità e della permanenza della comunità statale, al Parlamento, come rappresentativo invece della pluralità e delle divisioni della società civile.

Il Capo dello Stato — che non è affatto, per Esposito, potere neutro e imparziale — assorge a reggitore dello Stato e a custode della Costituzione *soltanto* nell'ipotesi in cui il sistema stesso si paralizzi, ossia quando Parlamento e Governo non siano più in grado di funzionare; ma il suo ruolo e i limiti ai poteri che esercita durante la crisi dell'ordinamento derivano dallo stesso scopo per il quale quei poteri gli sono riconosciuti: lo scopo è salvare la Costituzione, rimettendo in moto il normale funzionamento del sistema.

Anche qui, il realismo proprio delle situazioni di emergenza non è disgiunto dal positivismo della vita normale dello Stato. Ma non si può porre allora il pensiero dell'Esposito di fronte all'alternativa secca tra Capo dello Stato e giudice costituzionale quali custodi della Costituzione e si deve riconoscere piuttosto che l'essenza dello Stato, « il nucleo della realtà statale » non si manifesta per Lui nel caso di eccezione, ma, per dirla con Smend ⁽⁹⁴⁾, « risiede nella vita costituzionale normale, che regredisce temporaneamente, per forza di cose, a

(94) R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 175.

‘soccorso tecnico d’emergenza’, che rappresenta rispetto a quella realizzazione costante dell’essenza dello Stato soltanto una tecnica transitoria, non una manifestazione dell’essenza ».

Dunque, dal positivismo della vita normale dello Stato al realismo dello stato di eccezione per ritornare (eventualmente) al ristabilimento del sistema disegnato dal diritto positivo.

GIOVANNI D'ALESSANDRO

NOTA BIO-BIBLIOGRAFICA DI CARLO ESPOSITO

Carlo Esposito (Napoli, 18 agosto 1902; Roma, 10 dicembre 1964), ha insegnato dal 1928 *Introduzione alle scienze giuridiche e filosofia del diritto* ed *Economia politica* nell'Università di Camerino; fu professore di *Diritto costituzionale* nelle Università di Camerino (dal 1930 al 1935), Messina (dal 1935 al 1936), Macerata (dal 1936 al 1939), Padova (dal 1939 al 1949, dove sostituì Donato Donati) e, successivamente, di *Dottrina dello Stato* a Napoli (dal 1949 al 1953); dal 1953, infine, ha insegnato a Roma, prima come professore di *Diritto costituzionale italiano e comparato* presso la Facoltà di Scienze politiche e, dal 1956, quale titolare di *Diritto costituzionale* nella Facoltà di Giurisprudenza.

Egli fu allievo di Adolfo Ravà, « dal quale ho appreso quanto la conoscenza di Kant, di Fichte ed in genere dei grandi classici del pensiero possa giovare all'approfondimento dei problemi giuridici », di Santi Romano, che « mi insegnò ... che cosa sia visione unitaria dei temi del diritto costituzionale, che cosa linearità e chiarezza nell'impostazione e nelle soluzioni dei molteplici problemi giuridici » e di Donato Donati, « che mi espresse il suo favore quando ciò poteva essere atto di coraggio » (Cfr. la *Prolusione* di Esposito al Corso di diritto costituzionale nell'Università di Roma su *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, letta il 2 febbraio 1957, ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 109).

Fu Direttore dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo romano, fondatore, nel 1956, della rivista *Giurisprudenza costituzionale* e, dal 1957, Direttore della Sezione pubblicistica dell'*Enciclopedia del diritto*.

Per un ricordo dell'illustre Autore, dopo la sua scomparsa, si veda, in particolare, lo scritto anonimo, ma comunemente attribuito a Vezio Crisafulli, apparso in *Giur. cost.* 1964, fasc. 1-2, I; A. C. JEMOLO, *Carlo Esposito*, in *Arch. giur.* 1965, 3 ss.; C. MORTATI, *Carlo Esposito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1965, 979 ss.; A. M. SANDULLI e V. CRISAFULLI, *In memoria di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.* 1971, fasc. 3, I ss., e VII ss.

Esposito, persona di « profonda umanità » e di « interiore bontà », « espressione fra le più significative ... nella storia del pensiero pubblicistico contemporaneo » (C. MORTATI, *Carlo Esposito*, cit., 980), non

volle mai assumere cariche istituzionali al di fuori dell'ambito universitario, dedicandosi esclusivamente agli studi e all'attività accademica, contribuendo a creare la « scuola costituzionalistica romana ... che intorno a Lui crebbe rigogliosa, seria, entusiasta » (A. M. SANDULLI, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., II).

* * *

Gran parte della produzione scientifica di Carlo Esposito (che si svolge dal 1927) è ora raccolta nei quattro volumi di *Scritti giuridici scelti*, pubblicati a cura di J. P. Berardo, Napoli 1999. Con tale pubblicazione, va notato, sembra essersi realizzato il « desiderio » che Aldo Sandulli espresse il 15 aprile 1972, nella manifestazione di consegna ai familiari di Esposito degli scritti in sua memoria, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, di vedere raccolti « con amorevole cura, in veste unitaria ... tutta la Sua opera, anche e soprattutto perché il grande patrimonio culturale che Egli ci ha lasciato possa essere più facilmente conosciuto dai giovani e tramandato alle generazioni future, a perpetuarNe il nome e a testimoniare l'importanza dei Suoi contributi alla scienza costituzionalistica della nostra epoca » (A. M. SANDULLI, *In memoria*, cit., VII).

Per l'elenco completo della produzione scientifica di Esposito, si veda la bibliografia redatta in ordine cronologico da A. PACE, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1971, 1923 ss., oltre che in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. I, Padova 1972, XIII ss.

Cominciando dai contributi di filosofia del diritto e di teoria generale del diritto presentati nel primo volume degli *Scritti*, va ricordato come dal settembre 1924, anno in cui si laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Napoli, Esposito intraprende i Suoi studi filosofici, iniziati con la tesi in Filosofia del diritto (con Alfredo Bartolomei) dal titolo *Il valore della vita sociale* (opera inedita, ora pubblicata in *Appendice*, in forma rielaborata successivamente dall'Autore stesso) e proseguiti a Padova dal novembre 1925, dove fu assistente e coadiutore di Adolfo Ravà nell'Istituto di filosofia del diritto e diritto comparato. In questo Suo primo scritto Esposito « oltre ad affrontare, con tratti di indubbia originalità, temi centrali del dibattito filosofico europeo dei primi decenni del secolo, contribuisce ad inquadrare il retroterra culturale della più matura riflessione sui temi di teoria dello Stato degli anni trenta » (Cfr. la *Presentazione* di J. P. BERARDO al primo volume degli *Scritti giuridici scelti*, cit., VII).

In tale periodo Esposito prepara i due saggi su *Delitto e pena secondo Pestalozzi* (in *Studi pestalozziani*, IV, Roma 1927, 137 ss.), e su *Il valore dello Stato in Aristotele* (in *Riv. internaz. fil. dir.* 1927, 23 ss.), che possono ritenersi propriamente speculativi, fino alla pubblicazione dei *Lineamenti di una dottrina del diritto* (in *Annali dell'Univ. di*

Camerino 1930, IV, 1 ss. e, in volume, Fabriano 1930 e Padova 1932), vera *summa* del Suo pensiero filosofico-giuridico. Ma ancora, ben al di là della data del 1930, Esposito dedica alla filosofia del diritto gli *Appunti sulla volontà e rappresentazione nel dolo* (Milano 1934), il saggio su *La conoscenza della legge nel diritto e nella morale* (in *Riv. internaz. fil. dir.* 1935, 407 ss.) e, pur molto dopo, l'*Intervento* al Convegno di studio sul tema *Diritto naturale vigente* del 1949 (in *Quaderni di Iustitia*, I, Roma 1951, 172 ss.) e, infine, l'*Intervento* al Congresso internazionale di diritto processuale civile di Firenze del 1950 sul tema *La tutela del credito nel processo esecutivo* (in *Atti del congresso*, Padova 1953, 118 ss.), in cui Egli palesa Aristotele, S. Tommaso e Spinoza come *ispiratori* del suo metodo nello studio del diritto.

* * *

Il secondo volume della raccolta, dedicato ai saggi di teoria generale dello Stato e di diritto costituzionale pre-repubblicano, si apre con l'importante lavoro su *Organo, Ufficio e soggettività dell'Ufficio* (in *Annali dell'Univ. di Camerino* 1932, VI, 249 ss. e, in volume, Padova 1932), con cui Esposito si avvicina alle tematiche della teoria costituzionale. A questo fondamentale saggio è legata la successiva ricerca teorica e dogmatica sulle fonti normative, momento centrale dell'intera produzione giuridica dell'Autore.

Subito dopo la pubblicazione de *La validità delle leggi* del 1934, la Sua opera più esplicitamente sistematica (non compresa nella presente raccolta e su cui vedi *infra*), in cui dimostra, contro le concezioni dominanti del tempo sulla onnipotenza del legislatore, l'ammissibilità di limiti giuridici alla legge anche in regime di costituzione flessibile, con gli strumenti della teoria generale e della comparazione giuridica, Esposito si dedica alla composizione di una serie di saggi in cui riprende e sviluppa alcuni temi trattati in quella stessa monografia, in chiave tuttavia maggiormente *positiva*. Si tratta della voce *Legge* (in *Nuovo Dig. It.*, VII, Torino 1938, 719 ss.); del saggio su *Leggi eccezionali e leggi temporanee* (in *Foro it.* 1938, III, 139 ss.); della voce *Norma giuridica* (in *Nuovo Dig. It.*, VIII, Torino 1939, 1050 ss.) e della voce *Testi unici* (in *Nuovo Dig. It.*, XII, Torino 1940, 181 ss.).

Nel secondo volume degli *Scritti* appaiono poi ripubblicati i contributi di Esposito dedicati, tra il 1935 e il 1940, allo studio del sistema costituzionale e della rappresentanza nel diritto pubblico, nello Stato moderno in generale e nel regime fascista in particolare. Interessato al dibattito dell'esperienza weimariana, Egli compone i saggi su *Lo Stato e la Nazione italiana* (in *Arch. dir. pubbl.* 1937, 409 ss.); *La rappresentanza istituzionale* (in *Annali della R. Univ. di Macerata* 1937, XI, 201 ss. e, in volume, Tolentino 1938; scritto riapparso con modifiche negli

Scritti giuridici in onore di Santi Romano, I, Padova 1939, 303 ss.); *Lo Stato fascista* (in *Jus* 1940, 102 ss.) e *Lo Stato nazionale fascista* (in *Stato e diritto* 1942, 179 ss.). Viene infine ripubblicato *Lo Stato fascista e le associazioni* (Padova 1935).

* * *

Il terzo volume degli *Scritti*, oltre a comprendere il saggio su *La maggioranza nel referendum* (nota a Corte di cassazione, ordinanza 18 giugno 1946, in *Giur. it.* 1946, I, 1, 385 ss.), in cui Esposito commenta la decisione della Corte relativa alla vicenda della contestazione sull'esito del *referendum* istituzionale del 2 giugno, contiene, ordinata secondo un criterio puramente cronologico, una quanto mai varia produzione scientifica, composta da ben ventidue contributi, accomunati dalla nota comune del *nuovo* interesse dell'Autore per la ricostruzione e la sistemazione dell'ordinamento costituzionale repubblicano.

In molti dei lavori qui raccolti Esposito si è occupato di libertà sindacale e di economia, oltre che del sistema dei partiti: negli *Interventi* al Convegno nazionale di studi sindacali sui temi *Posizione del sindacato nello Stato democratico, contrattazione collettiva e diritto di sciopero* (in *Atti ufficiali*, Roma 1949, 85 ss. e 149 ss.); negli *Interventi* al Convegno di studio sul tema *Funzioni e ordinamento dello Stato* (in *Quaderni di Iustitia*, II, Roma 1951, 96, 122 ss. e 138 ss.); nell'*Intervento* al Convegno di studio sul tema *Nazione e comunità internazionale* (in *Quaderni di Iustitia*, V, Roma 1954, 78), in cui discute del rapporto tra nazioni ricche e nazioni povere, accennando anche alla situazione del Mezzogiorno italiano; negli *Interventi* al Convegno di studio sul tema *La pianificazione economica e i diritti della persona umana* (in *Quaderni di Iustitia*, VI, Roma 1955, 84 ss., 162 ss. e 169 ss.); negli *Interventi* al Convegno di studio sul tema *Persona, società intermedie e Stato* (in *Quaderni di Iustitia*, X, Roma 1958, 37 ss. e 121 ss.). Ed ancora, nel saggio *Sulla legittimità dell'art. 3, comma 3°, della legge 22 dicembre 1956, n. 1589* (in *Riv. Dir. Lavoro* 1957, 327 ss. e, in *Riv. delle società* 1958, 27 ss.), Esposito affronta le questioni della libertà sindacale e dell'art. 39 Cost. Negli *Interventi* al Convegno di studio sul tema *I partiti politici nello Stato democratico* (in *Quaderni di Iustitia*, XI, Roma 1959, 67 ss. e 84 ss.), Egli sottolinea la inammissibilità dei gruppi di pressione nel nuovo sistema costituzionale. Negli *Interventi* alla Tavola rotonda sul tema *Il problema giuridico dell'adeguamento delle condizioni minime di lavoro* (in *Atti pubblicati a cura dell'Istituto italiano di studi della protezione sociale e del lavoro*, Roma 1963, 21 ss., 33 ss. e 54), Egli, infine, afferma il necessario collegamento tra gli artt. 36 e 39 Cost., per una loro corretta interpretazione.

Relativa alla problematica delle libertà è poi la voce *Asilo, diritto di*

– *dir. cost.* (in *Enc. dir.*, III, Milano 1959, 222 ss.), in cui commenta il terzo comma dell'art. 10 Cost.

Alcuni degli scritti riguardano poi la giustizia costituzionale: la *Replica* durante il dibattito sulla Sua relazione dal titolo *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile* di Firenze del 1950, *cit.*, 77 ss.); l'*Intervento al Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione* (in *Giur. cost.* 1956, 261 ss.), in cui si sofferma sui due aspetti dei vizi imputabili alle norme anteriori e dell'efficacia delle pronunce della Corte; il saggio su *Corte costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana* (in *Giur. cost.* 1956, 1225 ss.), in cui afferma l'unità della giurisdizione costituzionale sulle leggi e gli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni (ordinarie o speciali che siano), tema poi riaffrontato nell'*Intervento al II Congresso di studi regionali dal titolo Il controllo giurisdizionale sulla legislazione regionale* del 1956 (in *Atti del Convegno*, Roma 1958, 461 ss.). Viene, infine, ristampata la voce *Atti parlamentari* (in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 77 ss.), in cui analizza il loro significato, la loro funzione e il loro valore, soprattutto in sede interpretativa e di controllo di costituzionalità degli atti legislativi.

Si è occupato di inchieste parlamentari e di Capo dello Stato, nell'*Intervento al Dibattito sulle inchieste parlamentari* (in *Giur. cost.* 1959, 596 ss.), in cui discute sulla ammissibilità di inchieste parlamentari deliberate in via legislativa e sui limiti dei poteri di tali commissioni; nel saggio su *Il Capo dello Stato parlamentare* (in *Studi in onore di Emilio Crosa*, I, Milano 1960, 761 ss., versione più breve ma con qualche modifica della voce *Capo dello Stato* pubblicata in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 224 ss. e nel volume *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, Milano 1962, 3 ss., oggi ristampata in *Diritto costituzionale vivente*, *cit.*).

Vengono ancora raccolte le *Note alla Cronaca sulla Corte costituzionale* sulla sospensione dell'esercizio delle funzioni di senatore a vita a seguito di nomina a giudice costituzionale di Enrico De Nicola e sulla legittimità costituzionale di alcune fra le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale (in *Giur. cost.* 1956, 163 ss.); sulle dimissioni del Presidente De Nicola, sull'integrazione della Corte costituzionale e la nomina del Presidente, sulla integrazione dell'Alta Corte per la Regione siciliana (in *Giur. cost.* 1957, 890 ss.); e le *Note alla Cronaca sul Parlamento* sui limiti della legge costituzionale, sugli emendamenti ai decreti-legge e sulla incostituzionalità di leggi delegate (in *Giur. cost.* 1956, 186 e 188 ss.); sulle misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità (in *Giur. cost.* 1957, 1314 ss.); sull'interpretazione dell'art. 138 Cost. relativa alla procedura parlamentare (in *Giur. cost.* 1958, 819 ss.).

Il terzo volume, infine, contiene lo scritto su *La dottrina del diritto*

e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando (in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, 69 ss.), in cui Esposito esalta la figura dell'illustre fondatore della scuola italiana del diritto pubblico.

* * *

Nel quarto volume degli *Scritti giuridici scelti*, vengono ripubblicate le annotazioni titolate e non titolate alla giurisprudenza costituzionale o di rilievo costituzionale che Esposito, tra il 1956 e il 1964, scrisse per la Sua rivista. Da tali contributi emerge « un quadro completo ed organico ... dei principali istituti della nostra giustizia costituzionale » dell'epoca (F. SORRENTINO, *Carlo Esposito e la giustizia costituzionale*, in *Atti del Convegno su Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano 1993, 213). E, d'altra parte, tali contributi non possono essere assolutamente intesi come saggi « minori », in quanto Esposito « anche nel breve giro di una annotazione di due o tre pagine, sapeva cogliere nell'essenziale problemi tra i più alti e delicati del diritto costituzionale » (V. CRISAFULLI, *In memoria di Carlo Esposito*, cit., IX).

Nonostante la loro origine occasionale queste note danno un'immagine fondamentalmente coerente dell'Autore, in quanto trattano temi strettamente connessi e fanno uso di un identico strumentario di ricerca. Tale unitarietà di fondo rappresenta una preziosa chiave interpretativa e fa risaltare l'omogeneità di tali contributi. Di conseguenza, non senza forzature possono distinguersi per categorie, attraverso l'utilizzo di un comunque fallibile criterio di *prevalenza* di un oggetto rispetto ad un altro.

Riguardano prevalentemente le fonti del diritto: *Invaldità della legge e disposizioni di legge. Invaldità della promulgazione e correzione della promulgazione* (nota a C. cost. sn. 57/1957, in *Giur. cost.* 1957, 658 ss.), in cui si afferma che spetta alla Corte non tanto dichiarare incostituzionali leggi nella loro unità quanto disposizioni o norme di legge e si discutono i poteri di controllo della Corte stessa sulla promulgazione delle leggi; *Postilla* alla osservazione di Livio Paladin *Diritto privato e leggi regionali* (in relazione a C. cost. sn. 123/1957, in *Giur. cost.* 1957, 1123 ss.), sulla ammissibilità della legislazione regionale in materia di rapporti tra privati; *Controllo sul procedimento di conversione dei decreti-legge* (nota a C. cost. sn. 129/1957, in *Giur. cost.* 1957, 1231 ss.) e *I decreti-legge delle regioni* (osservazione a C. cost. sn. 50/1959, in *Giur. cost.* 1959, 780 ss.), in cui si discorre di alcuni problemi relativi alla decretazione d'urgenza; *Questioni sulla invalidità della legge per (presunti) vizi del procedimento di approvazione* (in *Giur. cost.* 1957, 1326 ss.), sulla inammissibilità di controlli esterni relativi allo svolgimento dei procedimenti in aula parlamentare o in commissione e sull'efficacia « elastica » e « direttiva » delle regole costituzionali sull'organizzazione interna delle Camere e sui procedimenti entro le

Camere stesse; *Il codice civile avanti la Corte costituzionale* (osservazione a C. cost. sn. 38/1959, in *Giur. cost.* 1959, 682 ss.), *Invalidità della pubblicazione di leggi delegate* (osservazione a C. cost. sn. 39/1959, in *Giur. cost.* 1959, 693 ss.) e *Incostituzionalità delle leggi di delegazione « contro natura »?* (osservazione a C. cost. sn. 53/1961, in *Giur. cost.* 1961, 1052 ss.), in materia di delegazione legislativa; *Elementi soggettivi ed oggettivi degli « atti aventi forza di legge »* (osservazione a C. cost. sn. 56/1959, in *Giur. cost.* 1959, 1078 ss.), in cui si affronta il delicato problema della individuazione degli atti aventi forza di legge, ai sensi e agli effetti della applicazione ad essi dell'art. 134 Cost.; *Ultrattività delle norme corporative e competenza della Corte costituzionale* (osservazione a C. cost. sn. 1/1963, in *Giur. cost.* 1963, 4 ss.) e *Sugli atti ministeriali con forza di legge* (osservazione a C. cost. sn. 61/1963, in *Giur. cost.* 1963, 538 ss.), in cui ancora si discute di forza di legge; *Caratteristiche essenziali (e comuni) dei testi unici delle leggi* (osservazione a C. cost. sn. 24/1961, in *Giur. cost.* 1961, 496 ss.) e *Testi unici della regione e leggi dello Stato* (osservazione a C. cost. sn. 51/1962, in *Giur. cost.* 1962, 614 ss.), in cui si afferma che i tt.uu. sono legislativi per definizione; *Osservazione alla sentenza n. 52 del 1961 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1961, 1043 ss.; *Osservazione alla sentenza n. 32 del 1962 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1962, 252).

Tra le annotazioni che si riferiscono prevalentemente ai diritti e alle libertà costituzionali, riguardano il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni in base al sesso: *La giusta retribuzione femminile* (nota a Corte di cassazione 26 giugno 1958, n. 2283, in *Mass. giur. lav.* 1958, 285 ss.), sull'interpretazione degli artt. 3, 36 e 37 Cost.; *Le donne e i pubblici uffici* (osservazione a C. cost. 56/1958, in *Giur. cost.* 1958, 869 ss.) e *Il sesso e i pubblici uffici* (osservazione a C. cost. sn. 33/1960, in *Giur. cost.* 1960, 568 ss.), in tema di artt. 3 e 51 Cost.; *Sulla punizione del solo adulterio femminile* (osservazione a C. cost. sn. 64/1961, in *Giur. cost.* 1961, 1230 ss.), sull'interpretazione degli artt. 3 e 29 Cost.

Attengono in particolare alla libertà d'iniziativa economica privata: *I tre commi dell'articolo 41 della Costituzione* (osservazione a C. cost. sn. 4/1962, in *Giur. cost.* 1962, 33 ss.) e *Gli articoli 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure amministrative in materia economica* (nota a C. cost. sn. 5/1962, in *Giur. cost.* 1962, 48 ss.), in cui si accenna anche al problema dell'ammissibilità del sindacato costituzionale sull'arbitrarietà delle leggi.

Sono in tema di diritto di sciopero: *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione delle leggi* (osservazione a C. cost. sn. 46/1958, in *Giur. cost.* 1958, 570 ss.) e *Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1962 n. 124 sulla punibilità dell'ammutinamento di marittimi scioperanti* (in *Giur. cost.* 1962, 1251 ss. e, in *Riv. dir. nav.* 1963, II, 4 ss.).

Concernono gli artt. 7 e 8 Cost: *Libertà e potestà delle confessioni*

religiose (osservazione a C. cost. 59/1958, in *Giur. cost.* 1958, 897 ss.), sull'interpretazione degli artt. 8, 18 e 19 Cost.; *La bestemmia nella Costituzione italiana* (osservazione a C. cost. sn. 79/1958, in *Giur. cost.* 1958, 990 ss.), sugli artt. 7, 8 e 21 Cost.; *Libertà di esercizio del potere spirituale* (osservazione a Corte di appello di Firenze 19 dicembre 1958, in *Giur. cost.* 1958, 1172 ss.), in tema di tutela costituzionale dell'onore delle persone e di interpretazione degli artt. 2, 3, 7 e 19 Cost.

Vertono sulla libertà di manifestazione del pensiero: *Osservazione all'ordinanza del pretore di Ascoli Piceno del 29 dicembre 1960* (in *Giur. cost.* 1961, 1095) e *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico* (osservazione a C. cost. sn. 19/1962, in *Giur. cost.* 1962, 191 ss.).

Riguardano gli artt. 3 e 28 Cost.: *La irresponsabilità dello Stato per eventi di servizio e gli articoli 28 e 3 della Costituzione* (osservazione a C. cost. sn. 1/1962, in *Giur. cost.* 1962, 2 ss.), in cui si accenna, tra l'altro, al problema dell'ammissibilità di pronunce costituzionali di invalidità o di validità « parziale », aventi ad oggetto « norme » e non « disposizioni », e *Sulla ininsequestrabilità delle remunerazioni dei dipendenti di enti pubblici* (osservazione a C. cost. sn. 88/1963, in *Giur. cost.* 1963, 727 ss.).

È relativa all'art. 13 Cost.: *Su una dichiarazione di incostituzionalità viziata per eccesso (articolo 162, comma 1, t.u.p.s.)* (osservazione a C. cost. sn. 72/1963, in *Giur. cost.* 1963, 594 ss.), in cui pure si ribadisce l'avversione di Esposito verso l'atteggiamento oscillante della Corte che alcune volte dichiara incostituzionali intere « disposizioni » e altre volte soltanto alcune « norme » astrattamente ricavabili da una « disposizione ».

Sono in tema di tutela giurisdizionale: *Osservazione alla sentenza n. 56 del 1963 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1963, 502 ss.) e *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi* (osservazione a C. cost. sn. 107/1963, in *Giur. cost.* 1963, 839 ss.), per ciò che concerne gli artt. 24 e 113 Cost.; *Onere del previo ricorso amministrativo e tutela giurisdizionale dei diritti* (osservazione a C. cost. sn. 47/1964, pubblicata postuma in *Giur. cost.* 1964, 589 ss., già pubblicata in *Riv. ital. dir. sociale* 1964, 132 ss., col titolo *La legittimità del procedimento amministrativo all'esame della Corte costituzionale*), sull'interpretazione dell'art. 113 Cost.

Interessano gli artt. 25 e 27 Cost.: *L'articolo 25 della Costituzione e l'articolo 1 del codice penale* (osservazione a C. cost. sn. 27/1961, in *Giur. cost.* 1961, 537 ss.), in tema di principio di legalità delle pene e delle sue specificazioni, e *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena* (osservazione a C. cost. snn. 67 e 79/1963, in *Giur. cost.* 1963, 661 ss.), sugli artt. 3 e 27 Cost.

Considerano infine altre tematiche: *Legislazione regionale sulle opere pubbliche e arbitrato obbligatorio* (osservazione a C. cost. sn.

35/1958, in *Giur. cost.* 1958, 482); *Contenuto e limiti della libertà di istituire scuole* (nota a C. cost. sn. 36/1958, in *Giur. cost.* 1958, 492 ss.), sull'interpretazione dell'art. 33 Cost.; *Misure antifasciste e Costituzione* (osservazione a C. cost. sn. 74/1958, in *Giur. cost.* 1958, 958 ss.), sulla XII Disp. trans. Cost.; *Considerazioni sulla eliminazione del c.d. accertamento presuntivo dei contributi agricoli unificati* (osservazione a C. cost. n. 65/1962, in *Giur. cost.* 1962, 695 ss.).

Vengono raccolte per la prevalenza delle tematiche dell'interpretazione dell'art. 3 Cost. e del relativo sindacato della Corte sul potere discrezionale del legislatore: *Nota alla sentenza n. 28 del 1957 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1957, 398 ss.); *L'articolo 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi* (osservazione a C. cost. sn. 53/1958, in *Giur. cost.* 1958, 604 ss.); *La Corte costituzionale come giudice della « non arbitrarietà » delle leggi* (osservazione a C. cost. sn. 7/1962, in *Giur. cost.* 1962, 78 ss.); *Osservazione alla sentenza n. 48 del 1962 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1962, 599 ss.).

Vengono infine ripubblicate le annotazioni che riguardano più da vicino gli aspetti della giustizia costituzionale.

Sono relative al sindacato di costituzionalità in via incidentale: *Nota alla sentenza n. 10 del 1957 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1957, 72 ss.) e *Autorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi « a quo »* (osservazione a C. cost. sn. 63/1961, in *Giur. cost.* 1961, 1216 ss.), in tema di giudizio di costituzionalità delle « norme » o delle « disposizioni » e di sentenze interpretative di rigetto; *Giurisdizione volontaria e questioni di legittimità costituzionale* (nota a C. cost. sn. 129/1957, in *Giur. cost.* 1957, 1230 ss.), in cui si accenna alla problematica degli obblighi e dei poteri del giudice non giurisdicente nei confronti della legge incostituzionale; *Per la determinazione del significato della espressione « Supreme magistrature amministrative »* (osservazione a C. cost. sn. 111/1963, in *Giur. cost.* 1963, 1032 ss.), in quanto colleghi elettorali di alcuni componenti della Corte costituzionale; *Unità sostantiva della legge e molteplicità delle disposizioni* (osservazione a C. cost. ord. 39/1958, in *Giur. cost.* 1958, 523 ss.), in tema di definizione dell'oggetto del giudizio; *Illegittimità costituzionale e abrogazione* (nota a C. cost. sn. 40/1958, in *Giur. cost.* 1958, 829 ss.), *Controllo di costituzionalità di leggi abrogate* (osservazione a C. cost. sn. 4/1959, in *Giur. cost.* 1959, 24 ss.) e *Sul giudice competente a sindacare la invalidità formale delle leggi anteriori alla Costituzione* (osservazione a Corte di cassazione, S. U., 8 luglio 1960 n. 1811, in *Giur. cost.* 1961, 1117 ss.), relative al sindacato della Consulta sulle leggi anteriori alla Costituzione e sull'« efficacia » delle leggi incostituzionali; *« Inesistenza » o « illegittima esistenza » di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzative?* (osservazione a Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 1960 n. 51, in *Giur. cost.* 1960, 330 ss.); *La Corte costituzionale in Parlamento* (nota a C. cost. sn.

9/1959, in *Giur. cost.* 1959, 622 ss.), sulla potestà della Corte di controllare il procedimento di formazione della legge entro le Camere; « *Identificazione* » e « *rilevanza* » delle questioni nei giudizi incidentali (osservazione a C. cost. sn. 70/1960, in *Giur. cost.* 1960, 1212 ss.), sulla inammissibilità di nuove questioni di incostituzionalità proposte dalle parti nel corso del giudizio innanzi alla Corte invece che innanzi al giudice *a quo* e sul controllo della rilevanza della questione effettuabile dalla Corte; *Considerazioni sulla morte del « solve et repete »* (osservazione a C. cost. sn. 21/1961, in *Giur. cost.* 1961, 142 ss.), sull'istituto dell'invalidità conseguenziale.

Riguardano il sindacato di costituzionalità in via principale: *L'interesse a ricorrere nei ricorsi contro le leggi. Riserva di legge e regolamento regionale* (osservazione a C. cost. sn. 40/1960, in *Giur. cost.* 1960, 644 ss.), in cui, tra l'altro, si chiarisce la differenza tra interesse a ricorrere nel giudizio in via principale e rilevanza della questione nel giudizio in via incidentale; *Della « prudenza » nelle dichiarazioni di illegittimità costituzionale* (osservazione a C. cost. sn. 1/1961, in *Giur. cost.* 1961, 6 ss.), sulla dichiarazione di incostituzionalità di singole disposizioni legislative; *Inammissibilità e preclusioni nei giudizi in via d'azione contro atti confermativi* (osservazione a C. cost. sn. 3/1964, pubblicata postuma in *Giur. cost.* 1964, 23 ss.), incompiuta per la morte improvvisa del Maestro.

Attengono, infine, ai conflitti costituzionali: *Conflitto regionale e competenza* (osservazione a C. cost. sn. 32/1958, in *Giur. cost.* 1958, 467 ss.); *La Corte costituzionale come giudice « a quo »* (osservazione a C. cost. ord. 22/1960, in *Giur. cost.* 1960, 212 ss.), *Osservazione alla sentenza n. 43 del 1960 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1960, 664 ss.) e *Osservazione alla ordinanza n. 57 del 1961 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1961, 1198 ss.), sulla possibilità di auto-sollevazione della questione di legittimità costituzionale, nell'ambito di un giudizio innanzi alla Corte per conflitto di attribuzioni, sulle disposizioni legislative in base alle quali il conflitto deve essere risolto; *Osservazione alla sentenza n. 74 del 1960 della Corte costituzionale* (in *Giur. cost.* 1960, 1244), in tema di efficacia in un giudizio su conflitto di attribuzione di una legge dichiarata illegittima con sentenza di pari data ma non ancora depositata; *L'annullamento nei conflitti di attribuzione* (osservazione a C. cost. sn. 40/1961, in *Giur. cost.* 1961, 938 ss.), sul rapporto tra la statuizione della Corte sulla spettanza della competenza e l'annullamento dell'atto impugnato nei conflitti intersoggettivi.

* * *

Resta fuori dai presenti quattro volumi di *Scritti*, il lavoro su *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, apparso negli Annali del-

l'Università di Camerino nel 1934 (vol. VII, 197 ss. e in volume autonomo, Padova 1934) e in ristampa « del tutto immutata », a cura della Facoltà giuridica dell'Università degli Studi di Camerino, Milano 1964.

Analogamente non vengono riprodotti gli scritti, le conferenze e le note di giurisprudenza contenute nella raccolta *La Costituzione Italiana. Saggi* (Padova 1954): *Commento all'art.1 della Costituzione* (in *Rass. dir. pubbl.* 1948, 3 ss.); *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione* (in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova 1950, 501 ss.); *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici secondo la Costituzione* (in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1951, 324 ss.); *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano 1951, 551 ss.); *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana* (relazione letta il 14 marzo 1954 all'Accademia dei Lincei); *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione* (in *Riv. dir. agrario* 1949, 157 ss.); *Le leggi sulla riforma agraria e l'art. 138 della Costituzione* (in *Riv. amm.* 1952, 5 ss.); *I Partiti nella Costituzione italiana* (in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, 131 ss.); *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini* (conferenza tenuta nel 1952 all'Università di Padova, per il corso sulla riforma della pubblica amministrazione, organizzato dalla Facoltà di Scienze politiche); *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (relazione al Congresso internazionale di diritto processuale civile di Firenze del 1950, in *Atti del congresso, cit.*, 27 ss.) (1); *Leggi vecchie e Costituzione nuova* (nota alla decisione della V sez. del Consiglio di Stato del 26 maggio 1948, n. 303, in *Giur. it.* 1948, III, 81 ss.); *Efficacia delle regole della nuova Costituzione* (nota alla decisione della V sez. del Consiglio di Stato del 26 luglio 1948, n. 528, in *Giur. it.* 1948, III, 145 ss.); oltre agli scritti *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione e Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione* (2).

(1) Questo fondamentale saggio risulta pubblicato la prima volta nella *Riv. dir. proc.* 1950, I, 291 ss., col medesimo titolo. Va notato, comunque, che nell'edizione della *Costituzione italiana. Saggi*, che è del 1954, appare qualche aggiustamento del testo. Così, vedi, ad es., in relazione alla questione delle leggi regionali contrarie ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, le « perplessità » sulla formula legislativa dell'art. 117 Cost. « la Regione emana norme legislative nei limiti dei principi fondamentali » (in *Riv. dir. proc.*, cit., 302), risolte nel senso che « quando non siano rispettati i principi stessi, neanche si sia più di fronte a norme legislative » (in *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 275). Ed ancora, nella nuova edizione, risultano degli aggiornamenti del testo stesso, in virtù dell'entrata in vigore della legge costituzionale 11 marzo 1953, n.1 (v. 267, nt. 4 e 270, nt. 8).

(2) In realtà, benché si sia sostenuto che questi due scritti siano stati pubblicati « per la prima volta » in *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., (v., per tutti, J. P. BERARDO, *Indice generale*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. I, cit., XV), *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione* risulta già pubblicato da Esposito sei

Non vengono ripubblicati, infine, i contributi contenuti in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, cit.: voce *Capo dello Stato*, cit.; *Saggio sulla controfirma ministeriale* (in *Capo dello Stato. Controfirma ministeriale*, cit., 57 ss., che riproduce con diverso titolo ed alcune integrazioni la voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1961, 285 ss.); *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (in *Riv. ital. scienze giur.* 1957-1958, 49 ss. e, in volume, Milano 1958); voce *Decreto-legge* (in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, 831 ss.); *La consuetudine costituzionale* (in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano 1962, 597 ss., che riproduce con alcune integrazioni la voce *Consuetudine, diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 456 ss.); *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione* (osservazione a C. cost. ord. 49/1962, in *Giur. cost.* 1962, 605 ss.); *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e « altre » leggi costituzionali* (in *Raccolta di studi in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano 1963, 189 ss.).

Va qui messo in evidenza che i saggi contenuti nella raccolta *Diritto costituzionale vivente* rappresentano ulteriori commenti di disposizioni della Costituzione italiana, che nell'intenzione dell'Autore « pur materialmente separati, costituiscono un tutto inscindibile », come viene preannunziato nell'*Avvertenza* al volume dei *Saggi* pubblicato nel 1954. Questi lavori, dunque, composti nel corso di un quindicennio (tra il 1948 e il 1963), per espressa ammissione di Esposito *dovrebbero* « essere giudicati come parti di un tutto ».

* * *

Per uno sguardo d'assieme sull'intera opera di Esposito, oltre alla *Presentazione* di D. NOCILLA alla raccolta *Diritto costituzionale vivente*, cit., V ss. e alle indicazioni contenute nella *Nota bio-bibliografica* di M. Siclari, ivi, LXI-LXIII, devono aggiungersi, F. LANCHESTER, voce *Carlo Esposito*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XLIII, Roma 1993, 278 ss. e ID., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano 1994, 37 ss. e 183 ss.; nonché, da ultimo, M. SICLARI, voce *Carlo Esposito*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di Michele Ainis, Bari 2000, pp. 185-6.

Alcuni aspetti della produzione di Esposito sono messi in evidenza negli *Studi in memoria di Carlo Esposito*, a cura di A. Pace, voll. I-IV, Padova 1972-1974, in particolare, nella *Presentazione* di Vezio Crisafulli (vol. I, VII ss.) ed anche nei contributi di: A. M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, vol. I, 109 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Limiti e forme della partecipazione del Governo e del Parlamento nella formazione ed appro-*

anni prima con un contenuto sostanzialmente invariato ma col diverso titolo *Autonomie locali e decentramento amministrativo nella nuova Costituzione (Commento all'art. 5 della Costituzione Italiana)*, in *Riv. dir. pubbl.* — *La giustizia amm.* 1948, I, 194 ss.

vazione del bilancio, vol. I, 465 ss.; F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, vol. I, 647 ss.; L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, vol. II, 851 ss.; A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, vol. II, 1197 ss.; S. FOIS, *Irretroattività, astrattezza, e limiti della legge regionale: osservazioni critiche*, vol. II, 1225 ss.; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, vol. III, 1573 ss.; G. TREVES, *Organo e soggettività dell'organo*, vol. III, 1739 ss.; M. MAZZIOTTI, *Il procedimento e la decisione sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, vol. III, 1817 ss.; F. CUOCOLO, *Rapporti fra leggi statali e leggi regionali nelle materie di competenza ripartita*, vol. III, 1901 ss.; P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo (Note per l'interpretazione dell'art. 40 Cost. nella prospettiva storica)*, vol. III, 1955 ss.; S. M. CICONETTI, *Le leggi in materia costituzionale*, vol. III, 2047 ss.; G. U. RESCIGNO, *Le convenzioni della Costituzione*, vol. III, 2069 ss.; P. GROSSI, *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana*, vol. IV, 2097 ss.; S. TRAVERSA, *Le prerogative personali dei membri del Parlamento*, vol. IV, 2139 ss.; E. CHELI, *Aspetti problematici del sindacato di costituzionalità sui testi unici di mera compilazione*, vol. IV, 2581 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, vol. IV, 2789 ss.

Una ricca analisi del pensiero di Esposito, inoltre, è risultata dal Convegno nazionale su *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, svoltosi presso l'Università di Macerata, il 5-6 aprile 1991, ed i cui *Atti* sono ora editi tra le pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, cit., con la *Presentazione* di A. FEBBRAJO, VII ss.; le *Relazioni* di F. MODUGNO (sul pensiero filosofico-giuridico), 3 ss., L. PALADIN (sulle fonti del diritto), 41 ss., G. ZAGREBELSKY (sulla giurisdizione costituzionale), 57 ss., D. NOCILLA (su sovranità popolare, rappresentanza e partiti politici), 73 ss., G.U. RESCIGNO (su Capo dello Stato e forma di governo), 101 ss., A.A. CERVATI (su procedimento legislativo e disciplina delle attività parlamentari), 139 ss., P.F. GROSSI (sui diritti di libertà), 159 ss., M. MAZZIOTTI DI CELSO (su rapporti economico-sociali e sindacati), 185 ss.; gli *Interventi* di A. CORASANITI, 207 ss., F. SORRENTINO, cit., 213 ss., A. PACE, 221 ss., C. PINELLI, 231 ss., R. BIN, 239 ss., A. CERRI, 255 ss., P.A. CAPOTOSTI, 265 ss.; e le *Conclusioni* di L. ELIA, 277 ss.

MARCO SABBIONETI

DI ALCUNE MODIFICAZIONI DEL MODELLO NAPOLEONICO DI DIRITTO

(a proposito di JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Puf, 1996)

“*Gribouille, chatte de cinq ans, est heureuse d’annoncer que Richard et Frédéric se sont pacés*”: come avrebbe reagito Portalis di fronte a un simile annuncio? Certo, se si pensa che Tarrible, presentando il titolo XIII del *Code Civil*, ebbe qualche problema a persuadere i membri del Tribunato che la disposizione che consentiva alle donne sposate e ai minori emancipati di assumere la qualifica di mandatari non costituiva un attentato ai costumi e un principio di decadenza, viene da chiedersi cosa sarebbe successo se avesse dovuto sostenere le ragioni della L. 15.11.1999. La quale, com’è noto, modifica il diritto di famiglia dando vita a un istituto nuovo, che si pone a metà strada tra il matrimonio e il concubinato e che offre un riconoscimento e una forma di tutela giuridica anche alle unioni tra omosessuali.

È un fatto che oggi il *Code Napoléon* il quale, a dispetto della ostentata desacralizzazione del matrimonio, ammetteva a mala pena il divorzio, contiene un articolo, il 515, che al I comma recita: “*un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*”.

È ovvio che il *Pacte civil de solidarité* — frutto di un *iter* legislativo durato quasi dieci anni e di un’iniziativa congiunta dei Partiti di sinistra e del Movimento dei cittadini — anche se figura di estremo interesse, rileva qui, essenzialmente, come sintomo o indice di qualcosa di più profondo. Analogamente alla L. dell’8 gennaio ’93, ancora in materia di diritto di famiglia, che introduce il diritto all’*accouchement anonyme* e risolve parzialmente il problema, delicatissimo, delle cosiddette “*mères porteuses*”. E quel qualcosa è connesso all’idea di un *prima* e di un *dopo*, dà la misura del tempo che passa, e del divenire di un mondo e di una società: il tutto, beninteso, all’ombra di un monumento del diritto civile.

Il problema dei confini della nozione di *couple* e delle sue modificazioni od estensioni, in altre parole, è solo una delle tante spie che consentono di far emergere, con relativa evidenza, la tensione che si instaura tra un ben preciso modello giuridico, il modello codicistico, e

l'*altrove*, il meta-giuridico, il sociale, con tutte le sue richieste, contraddizioni, insofferenze, che domandano, prima o poi, una risposta e un riconoscimento *giuridicamente* validi e credibili.

E proprio il riferimento a questi nuovi modelli di famiglia, sempre più fluidi e "incertains", si rivela utile per comprendere, intuitivamente, il valore di un'opera che si propone di ripercorrere le vicende di un'esperienza storico-giuridica costruita, appunto, attorno a una specifica idea di diritto. E di ripercorrerla a tutto tondo, nei suoi risvolti dottrinali e pratico-operativi e nelle sue inevitabili e intense risonanze sociali.

Se c'è una ragione che conferisce un valore tutto particolare al libro di Halpérin è proprio questa opzione di fondo, elevata a chiave di lettura di un'intera vicenda giuridica, che orienta il filo della ricostruzione storica sul versante "esposto" ma decisamente fecondo della tensione che sorge, *naturaliter*, tra diritto codificato e istanze, variamente connotate, di rinnovamento. Ed è una tensione che ormai, superate le inibizioni scientifiche che derivavano da un'eccessiva "prossimità", può essere ricostruita avendo presente l'avvenuta *storicizzazione* del *Code Civil*, che rende possibile e persino auspicabile quella considerazione esterna e distaccata dei fenomeni giuridici che è poi la vocazione e il *munus* specifico dello storico.

In tal senso, l'*Histoire du droit privé français depuis 1804* colma una grave lacuna della storiografia giuridica francese. Che, appunto, nell'attesa che il trascorrere del tempo favorisse una considerazione epistemologicamente appagante dell'epoca post-codificatoria, aveva rivolto i suoi interessi al diritto dell'antichità o al *droit coutumier*, evitando di concentrarsi sul *Code Napoléon* e sui suoi sviluppi tra Ottocento e Novecento.

Adesso invece, lo storico, in forza di una vigenza quasi bicentennaria, si è sentito legittimato a "prender servizio", a mettersi al lavoro, allo scopo di ricostruire le linee di sviluppo del diritto privato francese a partire dall'*annus mirabilis* 1804. E lo ha fatto seguendo due approcci distinti e complementari: da una parte, ha esaminato il sistema civilistico nella sua vicenda storica *esterna*, attraverso un'analisi minuziosa delle fonti, ripercorrendo gli sviluppi della legislazione, asse portante dell'assetto giuridico post-rivoluzionario, senza trascurare però i contributi della giurisprudenza, almeno nelle sue manifestazioni più significative, l'opera della dottrina e, ove rinvenibili, le soluzioni dei pratici; in secondo luogo, ha tentato di far proprio il punto di vista connesso e "unificante" di una storia *interna*, che non è storia di singoli istituti, né storia di interi settori del diritto privato, ma è piuttosto storia *globale* del sistema giuridico ereditato dalla codificazione napoleonica. E nel far ciò, nell'opera di analisi dei differenti strati cui ha dato vita la sedimentazione progressiva delle regole di diritto privato, un'attenzione precipua è stata rivolta alla dualità e alla relativa complicazione derivante dalla distinzione essenziale tra oggetto del diritto e scienza del diritto;

e, contestualmente, alla necessità di cogliere le co-implicazioni tra i fenomeni giuridici e l'insieme delle trasformazioni politiche, economiche e sociali che hanno interessato il paese nel corso di quasi due secoli, riflettendosi con diversa ma inevitabile intensità sulla sfera del diritto privato.

Sembra questa, al di là di ogni comprensibile invito alla prudenza, l'idea-chiave dell'intera opera: cogliere il *Code Civil* nel suo inarrestabile movimento, con uno sforzo continuo di relativizzazione. Idea felice e decisiva, nella sua semplicità, se è vero che lo storico, per il fatto stesso di disporre di un punto di vista esterno — di cui è, a dire il vero, il principale detentore —, ha la fortuna di poter “scendere dal treno” e di osservarne il movimento.

Anzi, sua funzione principale, è proprio cogliere il senso e la direzione di quel movimento, nella percezione di un *prima* e di un *dopo*, rifiutando ogni assolutizzazione, mosso dal senso dell'effimero e dalla consapevolezza della caducità di ogni cosa, compresi, anche, i prodotti dello spirito: *sicut nubes... quasi naves... velut umbra*. E ciò anche, e forse soprattutto, se a muoversi, con tutte le difficoltà e gli impacci del caso, è ciò che si può definire, senza enfasi, un monumento del diritto civile.

Il *Code Civil* viene colto, così, nel suo divenire e nelle sue trasformazioni entro un orizzonte che lo assume come obiettivo e insieme come osservatorio di una realtà, il *droit civil*, che da isola relativamente omogenea si fa arcipelago, divenendo *droit privé*, e cioè diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto agrario, diritto dei consumatori. Ne risulta un'analisi che, dando il senso di una crescente complessità, si rivela capace di mettere in evidenza i fattori di evoluzione e di rottura, senza però perdere di vista gli elementi di continuità.

Al termine di questo percorso, occorrerà verificare quale sia la tenuta effettiva del modello Codice e rispondere, in particolare, a una domanda: la tanto decantata flessibilità del *Code Civil*, dote magica che pare consentirgli un adeguamento relativamente indolore alle nuove esigenze sociali, è effettivamente tale? È, in altre parole, un suo tratto originario, impressogli più o meno consapevolmente dai redattori, e che gli consente di incorporare ogni sorta di novità, per tanto che non si riveli refrattaria a un minimo di inquadramento sistematico, senza perdere il suo aspetto, la sua “riconoscibilità”, e quindi, alla fine, la sua funzione? Oppure il Codice, indiscutibilmente flessibile e aperto a nuove “accessioni”, al termine di una parabola storica di quasi due secoli, è ormai ridotto al ruolo di mero palinsesto, di scheletro, di impalcatura, disponibile a tutto, pronto ad assumere qualsiasi forma? E può ancora, per queste ragioni, essere considerato un modello o la chiave di volta di un intero sistema, o è invece un semplice elemento, per quanto autorevole, di un universo giuridico che si muove per strade disperate e che, nel suo continuo fluire, lo vede, se non come un

intralcio, almeno come un punto di riferimento con cui è faticoso e forse inutile fare i conti? ⁽¹⁾

Secondo scelte già invalse in altra autorevole storiografia francese, la vicenda storica del *Code Civil* è ricostruita attraverso una periodizzazione che individua all'inizio degli anni '80 il momento di svolta, il punto di autentica rottura e discontinuità rispetto al passato, a partire dal quale il senso di un *prima*, ormai irrecuperabile, si profila con relativa evidenza.

Attorno a quest'epoca, decisiva per la parabola storica della codificazione francese, si dipana, da un lato, il periodo che va dalla Restaurazione all'avvento della III Repubblica, dall'altro gli anni che coincidono con la vita della III Repubblica e con la breve e controversa parentesi di *Vichy*, gli anni in cui "esplode" la modernità e l'universo giuridico si complica irrimediabilmente. E che si chiudono con la fine del secondo conflitto mondiale: da quel momento in poi la storia si fa storia contemporanea e lo storico non può far altro che intuire le linee di sviluppo di un processo di crescita e di ulteriore complicazione che vede il sistema giuridico privatistico alle prese con nuove emergenze, con le richieste di una società che muta a ritmi sempre più rapidi, con un quadro generale che si arricchisce e si fa sempre più indecifrabile anche a causa dell'apertura a un contesto sovra-nazionale, con esiti affascinanti e difficili da prevedere.

Il movimento di cui si diceva, nella sua prima fase, appare caratterizzato da una stabilità apparente o da una stabilità che non è mai immobilismo e ove tuttavia l'universo giuridico è costruito attorno ai postulati, indiscussi, dell'*unità* e della *totalità* ⁽²⁾. Che significa poi dominio assoluto del *droit civil*, all'interno di facoltà sottoposte a un

⁽¹⁾ Come si è osservato, parlando della plausibilità di una codificazione europea, si tratta, in generale, di verificare le possibilità e la tenuta della forma codice in una realtà economico-sociale segnata dalla privatizzazione dei processi di produzione del diritto. E, contestualmente, di individuare, nel corpo della legislazione privatistica, i principi di base per ricostruire il sistema delle relazioni private in modo da garantire un processo di "ricodificazione" non inconsapevole del suo oggetto e capace di dar vita a un *corpus* privatistico non lacerato da logiche antagonistiche ma sensibile alle esigenze di un "ordine flessibile" derivanti dall'intreccio di complessità e contingenza che investe e caratterizza, in maniera crescente, anche la sfera del diritto. Si veda S. RODOTA, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici, una riflessione di fine millennio — Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 Ottobre 2000*, a cura di P. CAPPELLINI e B. SORDI, Milano, 2002, pagg. 541-578.

⁽²⁾ Paradigma che tiene fino all'inizio degli anni '80 dell'Ottocento, quando la rottura dei tradizionali equilibri, per l'effetto dell'accresciuto "peso specifico" della sfera economica, e l'affermarsi di nuovi rapporti di forza legati a una dimensione più intensamente collettiva del giuridico, innescano tutta una serie di crisi — dell'individualismo e del volontarismo, del soggettivismo, del moralismo, dell'idea di sovranità del Codice, della metodologia classica etc. — che provocano l'esplosione dell'universo giuridico, la sua specificazione in materie e discipline prima sconosciute o ignorate, e una conseguente, progressiva perdita di centralità del *droit civil*. Si veda, su questo, A.-J.

intenso controllo politico e organizzate secondo piani di studio “ingestati”: cinque insegnamenti (*droit civil français* “dans l’ordre établi par le Code civil”, elementi di *droit naturel* e di *droit des gens*, *droit romain* “dans ses rapports avec le droit français”, *droit public* e *droit civil* “dans ses rapports avec l’administration publique”, *législation criminelle* e *procédure*), sentiti come partizioni o appendici o mere introduzioni al diritto civile in un contesto in cui non solo l’*hitoire du droit*, ma anche il *droit constitutionnel* e il *droit administratif* incontrano molta difficoltà ad affermarsi come discipline autonome. Costruito attorno ai ben noti pilastri della *volontà individuale* e della *proprietà* (3), e inserito in un contesto di spiccata instabilità politica, destinata a concludersi — almeno a livello costituzionale — solo con l’avvento della III Repubblica, il *Code Civil* rivela, in questa fase, una straordinaria capacità di resistenza e un’autorevolezza “oggettiva” che s’impone senza grandi sforzi, quasi naturalmente, a dispetto della diversità dei regimi e delle ostentate dichiarazioni di discontinuità (4).

Prima che la modernità con i fattori che la preparano e la sostanziano intervenga, da autentico *élément déclancheur*, sconvolgendo gli equilibri dell’universo giuridico, il Codice campeggia al centro di un sistema di rapporti che si caratterizzano per la loro relativa stabilità e per il consenso diffuso che li circonda. Si presenta come un’entità solida e pressoché inattaccabile: autentico *rempart de l’ordre*, è idolatrato, collocato in una sorta di arca santa, sfiorato appena dal vento di una polemica politica, che senza troppo successo e forse senza troppa convinzione vorrebbe, a tratti, presentarlo come il figlio prediletto dell’usurpatore.

È l’epoca, questa, in cui si sviluppa l’opera della giurisprudenza “pontificale”, di quella *Ecole de l’exégèse* che l’Autore, a dispetto della *vulgata* corrente, analizza nelle sue contraddizioni, nelle sue sottili inquietudini, nei suoi sotterranei elementi di ricchezza.

Il *Code Civil*, “*spiritualiste*”, “*chrétien*” (nella definizione di Troplong), “*libéral*”, è fatto oggetto di uno studio che solo apparentemente e in superficie può considerarsi pedissequo, privo di spunti critici e di ogni cifra di originalità.

Contro l’interpretazione dominante che individua nell’esperienza

ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati*, trad. it., Napoli, 1993, in particolare, pag. 82 e segg.

(3) Cfr. J.-L. HALPERIN, *Propriété et souveraineté de 1789 à 1804*, in *Droits*, XXII, 1996, pag. 67 e segg., per un corretto inquadramento dei rapporti tra proprietà e sovranità (e per un ridimensionamento dell’abituale equazione proprietà-sovranità), agli occhi sia dei rivoluzionari che dei redattori del *Code Civil* e dei giuristi dell’Esegesi.

(4) Per “capire” il *Code Civil*, ciò che ha rappresentato agli occhi dei contemporanei e per la storia del diritto, è utile uno sguardo retrospettivo sugli anni tumultuosi del *droit intermédiaire*, non fosse altro che per rendersi conto, a contrario, delle precondizioni indispensabili per realizzare una seria opera di codificazione. Si veda, sul punto, J.-L. HALPERIN, *L’impossible Code Civil*, Paris, 1992.

dell'esegesi un momento di sostanziale *recul* nello sviluppo del pensiero giuridico, caratterizzata da una *forma mentis* gretta, uni-dimensionale, volutamente minimalista, l'Autore si sforza, discretamente, di offrire una lettura in parte diversa di tale vicenda, almeno nelle sue fasi intermedie e finali: l'*Exégèse*, così, al di là della sua apparenza piatta e ben poco *charmante*, si rivela percorsa da contraddizioni interne e segnata da nodi irrisolti che, avvertibili appena nelle pagine di molti autori, esprimono talvolta una ricchezza inaspettata e una potenzialità critica e ricostruttiva, spesso inconsapevole ma non priva di conseguenze per il futuro.

Così, l'ecclettismo pasticciato che emerge, involontariamente, dall'innesto su un metodo che si pretende puramente esegetico e letterale, di suggestioni storicistiche o giusnaturalistiche, è solo in parte riconducibile a uno scarso rigore metodologico o ad un argomentare che si affida all'estemporaneità o al gusto dell'*escamotage*, piuttosto che alla precisione logica e alla coerenza delle conclusioni.

È invece il frutto di una tensione, nascosta ma costante, tra il rispetto assoluto della volontà della legge, di fronte a cui ci si inchina come davanti a un mitologico *tout vivant*, e che conduce a impostazioni volutamente a-scientifiche, e il fascino esercitato dai principi generali, dal diritto naturale, dalla giurisprudenza — *cette partie animée... presque dramatique, de la législation...* —, persino dalla sociologia: solo così si spiega, ad esempio, l'opera di un giurista eccentrico come Troplong (1795-1869), un *outsider* rispetto al mondo accademico, geniale autodidatta, mosso soltanto dal gusto della ricerca e dall'amore per il diritto.

Nelle sue pagine, pur tra mille contraddizioni, è impossibile non cogliere, almeno in parte, quei fermenti e quei principi di sviluppo e di "complicazione" che saranno ripresi dai giuristi di fine secolo in un contesto socio-economico ben più "agitato": il testo di legge è una bussola, è il *lapis philosophorum* del giurista, è lodato nella sua "*simplicité lumineuse*", nella sua "*perfection philosophique*"; non ci si azzarda a metterlo in discussione. Eppure, la percezione di un maggior "spessore", di una più ampia articolazione dell'universo giuridico, lo spinge a elevarsi al di sopra dell'esegesi, in cerca delle "*vérités naturelles*" della filosofia, delle ragioni politiche o economiche che presiedono ai differenti assetti giuridici, gli suggerisce di "bagnarsi" nella storia, nelle vicende dell'*ancien droit français* o del diritto romano, fino a perdersi nei meandri inesplorati del diritto d'Oriente.

Troplong fornisce solo un esempio, per quanto particolarissimo, di un *quid pluris*, di una ricchezza nascosta, o almeno della presenza appena accennata di certe consapevolezze. Che però valgono a complicare il quadro e a suggerire un giudizio in parte diverso, più sfaccettato, di un paesaggio dottrinale visto come inesorabilmente pianeggiante, privo di attrattive, come una piatta e uniforme distesa di commentari e di corsi di Codice Civile.

Occorre poi, banalmente, tener presente un punto. Se sono occorsi quasi due secoli per convincere lo storico del diritto francese a “fare i conti” con la codificazione, a confrontarsi col *Code Civil* inteso come frutto della storia, come mero *episodio* dell’ininterrotto trascorrere delle vicende del diritto, anche se episodio che segna una discontinuità, per timore della sua ombra, della sua eccessiva attualità, della sua paralizzante autorevolezza, come dev’essersi sentito il giurista *positivo* chiamato a vivere in prima persona il “nuovo mondo” del diritto, con un soggetto unico, con norme effettivamente “poche” e “chiare”, con un libro relativamente piccolo che riusciva a sostituirne centinaia?

Viene da pensare al momento in cui Noè, dopo il diluvio, esce dall’arca: stupore, curiosità, modestia: voglia di capire, di esplorare, desiderio di conoscere i confini e le possibilità di un mondo rinnovato, prima di criticarlo, di costruirci sopra, di metterlo in discussione ⁽⁵⁾.

L’analisi di Halpérin, sotto questo profilo, ha il pregio dell’equilibrio e consente l’elaborazione di un giudizio non inquinato da supponenze o da semplicismi, caratterizzato, sul piano della ricostruzione storica, da un raro dono di *empathia*. E di dar conto, con chiarezza e linearità, di un periodo in cui il movimento cui si è fatto riferimento non poteva non caratterizzarsi per la sua *lentezza*: stabilità non immobile, ma pur sempre stabilità.

Ciò sia per la giovinezza del Codice, per la sua freschezza e per l’intensità della luce che sapeva proiettare sull’universo ordinato dei giuristi, sia, soprattutto, per il livello spiccato di coesione sociale, per l’evoluzione tutto sommato graduale e per questo relativamente controllabile dei rapporti economici, per l’assenza di ideologie alternative o di insofferenze, ancora in incubazione.

L’esplosione della complessità che conduce a un’accelerazione di quel movimento che è oggetto privilegiato della ricerca storiografica è invece riscontrabile, con tutta evidenza, nel periodo di tempo compreso tra il 1880 e il 1945.

E ciò per un insieme di fattori. Che vanno, secondo un disegno già noto anche allo storico del diritto italiano, dal moltiplicarsi della *legislazione speciale*, in connessione all’emergere della *questione sociale* cui è legata la richiesta di una maggiore e più intensa presenza dello Stato nel dominio dei rapporti tra privati, all’esplosione della dimensione economica e al suo farsi sempre più urgente, in un contesto in cui il rapporto tra diritto ed economia si modifica e tende a ribaltarsi, all’apparire, infine, di una nuova generazione di giuristi, dotati del fiuto

⁽⁵⁾ Tutto ciò aggiunto agli smarrimenti e ai timori inevitabili in una categoria di intellettuali che, per tutto il corso della Rivoluzione, si erano visti attribuire i peggiori epiteti: “hydres de la chicane”, “gens de rapine”, “corbeaux judiciaires”, “pirates judiciaires”, “vampires de la République”, “mercenaires de la tyrannie” etc. Cfr. J.-L. HALPERIN, *Haro sur les hommes de loi*, in *Droits*, XVII, 1993, pag. 55 e segg.

e della sensibilità necessaria per cogliere e mettere a frutto lo spirito dei tempi.

E tutto ciò in un rapporto di causa ed effetto, a sua volta, complesso, e frutto del dinamismo e dell'imprevedibilità del periodo. S'intrecciano, in questa fase, soggetti, fatti, idee-forza, che contribuiscono a una rilettura e a un progressivo adattamento del *Code Civil*.

Il "nuovo" corso della storia si inaugura con i decreti del 28 dicembre 1880 e del 24 luglio 1889 che modificano in parte i programmi della facoltà giuridiche, introducendo ufficialmente gli insegnamenti di *économie politique, histoire générale du droit français, droit constitutionnel* e, a titolo opzionale, *législation industrielle, financière ou coloniale*: è l'inizio della fine di quel dogma dell'unità e della totalità attorno al quale si costruiva e scorreva la vita del diritto: il *droit civil* è l'astro di un firmamento sempre più articolato e dai confini inafferrabili e fluttuanti.

"*Au-delà du Code Civil, mais par le Code Civil*": sono gli anni della scoperta di un diritto naturale a contenuto variabile, che si evolve al ritmo dei cambiamenti sociali, gli anni in cui Saleilles, contro l'algebra giuridica dei commentatori ortodossi, rivendica la natura storica del diritto e il potere, per i giudici, di far ricorso, a dispetto di ogni soluzione legalmente imposta, all'analogia, alle "ispirazioni" della coscienza collettiva, al diritto comparato; contemporaneamente, Génys, criticando il "*fétichisme de la loi*" cui conduce il metodo tradizionale, propugna una "*libre recherche scientifique*", e invita i giuristi a costruire un diritto veramente libero, attraverso l'osservazione dei fenomeni sociali e tenendo presenti i principi superiori di giustizia: è il *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, del 1899, opera fondamentale nella storia della giusciviltà francese.

Le proposte metodologiche e i ripensamenti del ruolo del giurista si intrecciano con i sussulti e le evoluzioni di interi settori del diritto privato: sono le insofferenze derivanti da soluzioni costruite attorno a un modello di società essenzialmente statica, fondata sulla proprietà terriera, a erompere, dopo lenta incubazione, con tutta la loro urgenza.

Il rinnovamento segue strade disparate, tutte, più o meno, connesse a quella che si profila ormai come un'esigenza difficilmente procrastinabile: limitare o circoscrivere o rimettere in causa il postulato dell'*autonomia della volontà*, almeno nella sua accezione più rigida e individualistica.

Si riconsidera, innanzitutto, il ruolo della volontà nell'economia dei contratti: il contratto non è più un "*acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit*", ma un fatto sociale che dev'essere conforme a giustizia: il là lo dà, ancora una volta, Saleilles pubblicando, nel 1901, il saggio *De la déclaration de la volonté*, seguito, undici anni dopo, da un'altra opera, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique* di Gounot.

Il processo di riforma più intenso cui va incontro il *Code Civil* — al di là di qualche ritocco al diritto di famiglia, in materia di capacità della donna sposata, di tutela dei figli naturali, di ridimensionamento della patria potestà — è quindi nel senso di quella che si potrebbe chiamare una “oggettivazione” del diritto privato, una compressione dell’originario impianto volontaristico a favore di soluzioni maggiormente attente all’elemento sociale e a una visione “dinamica” e relazionale del *ius civile*: emergono i temi dell’*abuso del diritto* — cui Josserand dedica un saggio nel 1905 —, favorito dalla riflessione in materia di sviamento di potere in ambito amministrativo, della *colpa presunta* e della *presunzione di responsabilità*, con ampie oscillazioni intorno al problema della *responsabilità oggettiva*, la teoria del *risque professionnel*, che ottiene un riconoscimento, in certa misura, con la legge del 9 aprile 1898, il problema, già molto sentito, delle connotazioni sociali del diritto di proprietà: il sintagma “*fonction sociale*” si afferma a partire dal 1905 grazie all’opera di Duguit.

E, ciò che forse è più importante, sono quasi tutti settori in cui un ruolo fondamentale è svolto dalla dialettica che si instaura tra giurisprudenza e dottrina, con soluzioni spesso discusse che si ripercuotono, talvolta, sotto forma di aspettative, sul versante della legislazione.

Quella *partie animée, presque dramatique de la législation* cui pensava Demolombe quando doveva definire l’attività dei giudici, si anima, assume ben altra drammaticità, prende vita e inizia a contribuire in un modo prima impensabile all’evoluzione del diritto, all’apertura di nuovi confini, di nuovi ambiti problematici, all’evidenziazione di settori delicati o di nuovi temi di ricerca: basti ricordare, qui, i dibattiti sorti a seguito di alcune celebri decisioni, come l’*affaire Teffaine*, del 1896, in materia di colpa presunta e di responsabilità oggettiva, l’*affaire Jand’heur* e l’*affaire Connot contre Franck*, rispettivamente del 1927 e del 1945, in tema di presunzione di responsabilità, l’*affaire Clément-Bayard*, del 1913, in tema di abuso del diritto.

Non sono che alcuni dei temi trattati dall’Autore, ma possono bastare per farsi un’idea delle linee lungo le quali scorrono le tensioni e le proposte di rinnovamento che coinvolgono il Codice a partire dall’ultimo ventennio dell’Ottocento.

Con questo di particolare: che la tendenza verso una restrizione del ruolo della *volontà individuale* nel senso di una maggior regolamentazione della materia contrattuale scaturente da un’accresciuta interazione tra Codice e legislazione speciale sembra essere, curiosamente, un *topos* ricorrente, tanto da imporsi anche nella fase successiva, nel periodo compreso tra il 1945 e i giorni nostri, in quell’arco di tempo che lo storico osserva con curiosità mista a prudenza.

Qui, l’emergere di quella che Halpérin chiama la “*montée de l’ordre public*” porta alla nascita del *diritto alla concorrenza*, del *diritto dei consumatori* e al problema dei contratti di adesione, al profilarsi dei

problemi tecnici connessi alla natura anfibia del contratto di lavoro: con controlli, anche intensi, sul momento formativo del contratto, sul ruolo effettivamente giocato dalle rispettive volontà, sulla misura della loro “libertà”, con estensione della portata di nozioni come quelle di *vices du consentement* o di *réticence dolosive*. E con una conseguente messa in discussione dei fondamenti teorici del contratto cui si accompagna una ulteriore frammentazione dell’universo giusprivatistico, indotta dal moltiplicarsi inarrestabile degli specialismi. Che conduce, in Francia come altrove, alla proposta di codificazioni settoriali, di sistematizzazioni di ambiti del vecchio *ius civile* ormai sufficientemente mature e differenziate per poter stare “in piedi” da sole accanto all’intramontabile *Code Civil*. Il tutto mentre in materia di diritto di famiglia la Francia conosce, tra le altre cose, quelle novità e quelle aperture cui si accennava all’inizio.

In conclusione, si ripresenta spontaneamente la domanda cui nessuna lettura storiografica delle vicende di un Codice può sottrarsi, specie nell’epoca attuale: cosa resta, oggi, a quasi duecento anni dalla sua promulgazione, del celebre *Code Civil des Français* (6)?

La risposta di Halpérin, se di risposta si tratta, sembra improntata a un sostanziale ottimismo: la tensione tra diritto codificato e istanze di rinnovamento pare risolversi, almeno per il momento, nel senso di una complessiva tenuta del Codice e della sopravvivenza dell’originario impianto civilistico.

Il modello codicistico si rivela duttile, “pieghevole”, capace di accogliere e “digerire” le nuove emergenze e di non lasciarsi sconvolgere o scompaginare da soluzioni eccentriche, transitorie o comunque irriducibili alla sistemata originaria.

Ma che ne è del Codice? È sempre lo stesso o è diventato, impercettibilmente, un’altra cosa? Che ne è della gioia di *Gribouille* di fronte al Pacs dei suoi padroni e dell’ipotetico stupore di Portalis? Passa tutto, come se nulla fosse?

Sono domande cui è difficile, per il momento, dare una risposta. Ma sono domande che non è possibile eludere se si vuole fare la storia di un Codice e, con esso, di un intero sistema giuridico (7).

(6) Domanda che sarà necessario porsi avendo sempre presenti le linee di forza dell’idea di codice, ciò che contribuisce, in altre parole, a definire l’immaginario di un codice: utili, in proposito, le considerazioni di D. DE BECHILLON, *L’imaginaire d’un code*, in *Droits*, XXVII, 1998, pag. 173 e segg.

(7) Perché “attributo dei codici civili è stato [...] quello della stabilità che tuttavia non li ha mai posti fuori della storia. L’esaltazione illuministica e positivista del legislatore, l’onnipotenza di chi può con una norma mandare al macero intere biblioteche, mostrano come neppure il codice possa essere considerato un approdo definitivo, come invece sia saldamente collocato nel corso della storia di cui, come mostra l’esperienza, può conoscere anche le traversie”, cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, pag. 554. Si vedano anche A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in *Europa e diritto privato*, I, 2001, pp. 85-129; V. PETRONIO, *La nozione di Code Civil fra tradizione e*

Certo è che, in un'epoca come la nostra, così convulsa, così mobile e indeterminata, segnata dalla tendenza alla smaterializzazione dei rapporti e da un gusto spiccato per il virtuale, ripensare una vicenda storico-giuridica vissuta, nella sua interezza, all'ombra di un mostro sacro, che faceva del soggetto e della sua volontà il centro ordinante dell'universo giuridico — entro un orizzonte di certezza, calcolabilità, dominabilità — può rivelarsi utile e, in certi casi, addirittura illuminante.

E ciò, soprattutto, se si scopre che quel mostro sacro è ancora vivo e vitale, modificato ma non dissolto ⁽⁸⁾. Se è ancora, e nonostante tutto, un *Codice*.

innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza"), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXVII, 1998, pagg. 83-115; P. CAPPELLINI, *Napoleonica*, *ibidem*, XXIX, 2000, pag. 487 e segg.; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

⁽⁸⁾ "Le Code fait enveloppe, résiste à l'éclatement — Plus précisément, le Code est ce qui, contenant le Droit en un lieu unique, l'empêche pour ainsi dire d'exploser. L'écriture et le rassemblement des normes dans le corpus d'un espace fini fonderait ainsi une manière d'armure interne ou de structure orthopédique permettant de 'rassembler un corps de règles éclaté'", cfr. D. DE BECHILLON, *op. cit.*, pag. 175: si tratterà allora di vedere se la possibilità di un'armatura capace di raccogliere e ordinare un "corpo esploso" di regole sia ancora configurabile e se, soprattutto, possa porsi con le pretese e le ambizioni proprie di un'autentica opera di codificazione.

RAFFAELE VOLANTE

IL MUTUO CONSENSUALE. CRISI DEL MODELLO
ROMANISTICO DI CONTRATTO REALE E PROSPETTIVE
PER UN DIRITTO COMUNE EUROPEO

(a proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese
e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania)

1. Cour de Cassation 28.3.2000: tutela del consumatore e negazione della conclusione reale del mutuo. — 2. Darlehen e Kreditvertrag: il mutuo fra disciplina codicistica e leggi speciali in Germania. — 3. Il contrastato percorso della Schuldrechtsreform in materia di mutuo. — 4. La crisi del modello romanistico di mutuo come carattere comune delle codificazioni europee. — 5. Modello romanistico e principio consensuale. Le certezze dell'Exègèse e il dibattito nella Pandettistica. — 6. Il mutuo consensuale fra teoria del contratto preliminare e anticipo della prestazione contrattuale. — 7. La storia dimenticata del mutuo: il diritto comune. — 8. Conclusioni.

1. *Cour de Cassation 28.3.2000: tutela del consumatore e negazione della conclusione reale del mutuo.*

L'inizio del nuovo secolo sembra assistere al repentino sovvertimento, in due fondamentali ordinamenti giuridici europei, di una disciplina contrattuale tra le più radicate e risalenti, quella del mutuo. Con una sentenza del 28 marzo 2000, difatti, la prima sezione civile della Corte di Cassazione francese ha decretato che il mutuo concesso da un soggetto che esercita professionalmente l'attività creditizia non è un contratto reale, come invece descritto dal *Code civil* in piena aderenza con la tradizione romanistica ⁽¹⁾. La controversia che la Corte concludeva definitivamente con tale decisione illustra perfettamente la portata del principio di diritto da essa introdotto. Un soggetto acquista una macchina agricola presso una ditta, convenendo che il prezzo venga corrisposto in parte mediante la cessione di altro materiale dello stesso tipo, in parte attraverso un finanziamento corrisposto da una società finanziaria, che si impegna a versarne l'importo alla parte venditrice al momento della comunicazione della consegna del bene da questa

⁽¹⁾ Cour de Cassation, 1^{re} civile, 28 mars 2000, *SA Ufb Locabail contre Bermond*, in *JCP G* 2000, II, 10296 e *Foro Italiano*, 2000, IV, p. 547 ss. con nota di A. PALMIERI.

venduto al mutuatario ⁽²⁾. Improvvisamente deceduto il mutuatario-acquirente, e sorte delle contestazioni con la ditta venditrice circa la qualità del materiale rilasciato in permuta parziaria, la società mutuante rifiuta di corrispondere la somma oggetto del finanziamento. Gli eredi agiscono per la risoluzione della vendita e, in subordine, per la condanna in forma specifica della società finanziaria alla corresponsione della somma concordata. Il giudice di prima istanza accoglie questa tesi, sul presupposto che il contraente originario del mutuo aveva integrato tutte le condizioni richieste dalla società finanziaria, conclusioni accolte in seguito dal giudice d'appello ⁽³⁾.

La società finanziaria ricorreva in Cassazione adducendo che, a termini dell'articolo 1892 del *Code civil*, il contratto di mutuo non poteva dirsi concluso, poiché non era stata mai effettuata la rimessa della somma di denaro al mutuante e che quindi la società non poteva essere condannata a adempiere quella che, lungi dall'essere una prestazione dovuta, è in realtà l'atto di perfezionamento del negozio ⁽⁴⁾. In mancanza della consegna, quanto convenuto tra la società *Ufb Locabail* e il dante causa degli attori non poteva intendersi altro che una semplice promessa di mutuo, il cui inadempimento, ove ritenuto colpevole, può portare solo ad una condanna al risarcimento del danno, se effettivamente provocato, ma non certo all'esecuzione in forma specifica di un contratto che non è mai venuto in essere ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ Questi, per parte sua, era tenuto dal contratto a concludere un'assicurazione sulla vita a vantaggio della società mutuante; altra condizione era la prestazione di avallo da parte della moglie.

⁽³⁾ Gli attori avevano anche chiesto il risarcimento del danno patito in ragione del comportamento tenuto dalla *Ufb Locabail*. Il *Tribunal de grande instance* di Bourgon-Jallieu, con sentenza del 12 maggio 1995, aveva quantificato tale risarcimento eguale alla somma dovuta per il rimborso del prestito e dichiarando pertanto estinta per compensazione ogni obbligazione fra gli attori e la finanziaria. La Corte di appello di Grenoble, adita dalla *Ufb Locabail*, confermava il 1 ottobre 1997 tale sentenza, aggiungendo un ulteriore risarcimento a favore degli attori per il danno morale subito. Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale SAINT-ROSE in *JCP G* 2000, II, 10296, cit.

⁽⁴⁾ Dal carattere reale del mutuo la parte ricorrente deduceva un secondo argomento contro la sentenza d'appello: l'essere tale contratto fra quelli che si concludono *intuitu personae*, stante la valutazione che il mutuante fa della possibilità di rimborso da parte del mutuatario. Una caratteristica pregnante del tipo contrattuale che i giudici di merito avrebbero sovvertito, nel momento in cui impongono alla società finanziaria di contrarre con soggetti diversi dallo stipulante originario. Cfr. *JCP G* 2000, II, 10296, cit.

⁽⁵⁾ Rigettare tale costruzione del mutuo significa, per la ricorrente, contestare il dato elementare per cui le obbligazioni del mutuatario nascono solo con la consegna della somma che ne costituisce oggetto e ciò vale tanto per quelle consustanziali al tipo contrattuale, come quella di restituire il capitale alla scadenza, tanto per quelle che possono essere disposte dagli specifici regolamenti contrattuali, come, nel caso in oggetto, quello di restituzione immediata delle somme ottenute in mutuo in caso di decesso del mutuatario, una clausola espressamente approvata da questi, che prevedeva anche la solidarietà passiva degli eredi. Cfr. *JCP G* 2000, II, 10296, cit.

La parte ricorrente fondava quindi le proprie doglianze su argomenti tradizionali e estremamente consolidati nella dottrina e giurisprudenza francesi ⁽⁶⁾: la realtà del mutuo comporta che il contratto non può esistere prima della consegna e da questo nascono quindi obbligazioni solo per la parte che la riceve; resta pertanto nell'arbitrio del concedente se porre o meno in essere il contratto, mentre la controparte non ha diritto a riceverla, potendo solo chiedere il risarcimento del danno causato da chi ha prima promesso e poi negato il finanziamento. Le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte ⁽⁷⁾, confermate con la sentenza, tendevano a interpretare la concezione del mutuo descritta nel *Code civil* alla luce della più recente legislazione a tutela del consumatore e della giurisprudenza intervenuta su di essa. La *loi Scrivener* del 1978, poi rifiuta nel c.d. *Code de la consommation* descrive difatti il contratto di credito al consumo, una tipologia contrattuale ovviamente riconducibile al mutuo, stabilendo che esso si conclude con l'accettazione dell'offerta da parte di chi richiede il finanziamento ⁽⁸⁾. Già nel 1998 la stessa sezione della Corte aveva stabilito che il credito fondiario regolato dal *Code de la consommation* non ha la natura di contratto reale ⁽⁹⁾. L'abbandono della realtà per questi contratti significa che la consegna della somma mutuata diviene, da elemento di conclusione del contratto, momento di esecuzione di un regolamento pienamente efficace fin dalla data dell'accettazione, per cui il mutuatario potrà direttamente esigerla in giudizio. In questi negozi, la rigida formalità richiesta dalla legge provvede alle esigenze prima soddisfatte dalla consegna della cosa, come quella di rendere garantita la parte

⁽⁶⁾ Ancora nel 1981 la *Cour de Cassation* (20 luglio, in *Bull. civ.*, 1981, I, n. 267) aveva stabilito che il mutuo, in quanto contratto reale, si conclude solo ed esclusivamente al momento in cui avviene la tradizione della cosa prestata al mutuatario o al terzo che la riceve e detiene per conto di questi e che la promessa di mutuo è certo un contratto valido, ma il cui inadempimento non può essere sanzionato con l'esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre, bensì col risarcimento del danno nell'equivalente monetario. Cfr. anche *Cour de Cassation* 19 aprile 1988 in *Bull. civ.*, 1988, I, n. 110.

⁽⁷⁾ J. SAINT-ROSE in *JCP G* 2000, II, 10296, p. 754 ss., cit.

⁽⁸⁾ Il *Code de la Consommation* (testo unico delle leggi a tutela del consumatore emanato con la Legge 93-949 del 26 luglio 1993) prescrive, all'articolo L. 311-8 (il precedente articolo 5 primo comma della Legge n. 78-22 del 10 gennaio 1978) che le operazioni di credito al consumo si realizzano obbligatoriamente attraverso una proposta fatta da chi offre il finanziamento, le cui condizioni non possono essere modificate entro i quindici giorni dalla sua emissione; mentre l'art. L. 311-15 (articolo 7 primo comma della Legge n. 78-22 del 10 gennaio 1978) stabilisce che, ove la promessa non contenga condizioni potestative circa il gradimento della persona del debitore da parte di chi concede il prestito, il contratto si conclude al momento in cui la proposta viene accettata dal consumatore che richiede il finanziamento. Da questo momento decorre un termine di sette giorni entro cui quest'ultimo può recedere unilateralmente dal contratto. A maggiore tutela del consumatore, la stessa norma fa divieto alla parte proponente il finanziamento di registrare i nominativi di chi si è avvalso di tale diritto.

⁽⁹⁾ Cfr. SAINT-ROSE in *JCP G* 2000, II, 10296, cit.

concedente, che sopporta il rischio della perdita del capitale prestato in caso di inadempimento, e realizza l'ulteriore finalità di rendere perspicua da parte del richiedente il prestito la conoscenza di tutte le condizioni, patti e obblighi accessori. Non vi sono dunque motivi sufficienti per escludere l'applicazione di tale disciplina per tutti i contratti di mutuo stretti da chi esercita professionalmente l'attività creditizia, posto che tali soggetti impongono gli stessi oneri di forma anche ai negozi conclusi fuori dal dettato del *Code de la consommation*. Le formalità imposte dalla legge per il contratto di credito al consumo non differiscono da quelle che gli istituti di credito predispongono nei loro particolareggiati contratti per adesione, nei quali si moltiplicano i patti e le condizioni che gravano sul mutuatario per la maggior garanzia del mutuante: appare pertanto evidente che, su questa considerazione, la disciplina di questi mutui debba allontanarsi da quella del diritto comune codicistico per assimilarsi a quella stabilita dalla legge a tutela del consumatore ⁽¹⁰⁾. Continuare a descrivere la vicenda del mutuo concluso tra l'operatore professionale del settore e il privato nei termini tutti romanistici del contratto reale e unilaterale espone il soggetto debole all'arbitrio di quello più forte che può comunque rifiutare di contrarre anche dopo che il primo ha puntualmente fornito la lunga e costosa sequela di atti, documentazioni, garanzie reali e personali, proprie come altrui richiesta dal secondo e si è talvolta già obbligato verso terzi per la conclusione dell'affare per cui ha richiesto il finanziamento che, a questo punto, egli sapeva essergli stato concesso ⁽¹¹⁾. Lo strumento della promessa di mutuo, che può dar luogo alla sola tutela del risarcimento del danno, ma non quella dell'esecuzione in forma specifica, non è mezzo sufficiente a salvaguardare le ragioni del consumatore rispetto ad un tale comportamento, poiché, quale che sia l'ammontare dell'indennizzo, esso difficilmente potrà reintegrare la totalità del danno causato dalla perdita del finanziamento precedentemente accordato e tuttavia non corrisposto; la soluzione di ritenere il mutuo, in questi casi, come contratto consensuale è quindi l'unica possibile ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ "Dans ce contexte, il n'existe pas, à notre avis, d'obstacle majeur à ce que le régime des prêts d'argent consentis par des professionnels et qui relèvent du droit commun soit aligné sur celui des prêts soumis aux définitions du Code de la consommation". SAINT-ROSE in *JCP G* 2000, II, 10296, p. 755, cit.

⁽¹¹⁾ Le conclusioni dell'avvocato generale SAINT-ROSE (*loc. ult. cit.*) procedono da un ulteriore argomento (che non merita qui analizzarsi nel dettaglio) avverso la concezione del mutuo come contratto reale: essa comporta che il negozio di credito resta causalmente autonomo rispetto al contratto che realizza l'operazione economica che il mutuante ha inteso finanziare mediante esso. La giurisprudenza formatasi a partire dal *Code de la Consommation*, invece, propende per la tesi generalmente più favorevole al mutuatario-consumatore, per cui la nullità o la risoluzione del contratto principale porta anche alla caducazione delle obbligazioni derivanti dal contratto di finanziamento.

⁽¹²⁾ Meritano di essere riportate le argomentazioni con cui l'*Avocat général*

2. *Darlehen e Kreditvertrag: il mutuo fra disciplina codicistica e leggi speciali in Germania.*

La sentenza *Ufb Locabail c. Bermond* priva pertanto di importanza sostanziale la disciplina codicistica del mutuo come contratto reale e unilaterale, sottoponendo all'antitetico regime consensuale e bilaterale, ricavato dalla legislazione speciale a tutela del consumatore, la quasi totalità dei contratti occorrenti nella realtà⁽¹³⁾. Nell'imperio della nozione di mutuo descritta dal *Code civil* rimangono difatti, dopo questa pronuncia, solo i contratti che hanno ad oggetto cose fungibili diverse dal denaro o i mutui concessi da soggetti non professionalmente dediti al credito. Scarsissima, nelle società industriali, la pratica dei primi e di poca rilevanza economica e sociale la corresponsione dei secondi (quando non espressamente vietati da leggi e misure d'ordine pubblico) si comprende appieno la portata eversiva della decisione della *Cour de cassation*⁽¹⁴⁾.

patrocina la conservazione del dispositivo della sentenza d'appello con la quale la società finanziaria *Ufb Locabail* viene condannata, oltre che al pagamento della somma oggetto del mutuo al terzo venditore del bene per l'acquisto del quale venne richiesto il finanziamento, anche a corrispondere agli attori un risarcimento danni di eguale importo, tale da consentire di dichiarare la compensazione tra i due crediti: "Je suis enclin à approuver cette décision qui cherche à concilier le droit avec l'équité, d'autant plus que, pour le prêt considéré, toutes les conditions requises pour la remise des fonds se trouvaient réunies et que l'exigence de cette remise purement potestative en ce qui concerne le prêteur, s'aurait particulièrement désavantageuse pour les ayants cause de l'emprunteur". *JCP G* 2000, II, 10296, p. 756, cit.

⁽¹³⁾ Le norme a tutela del consumatore possono estrinsecarsi in più direzioni, ad esempio ponendo vincoli di carattere pubblicistico alle attività di determinate figure imprenditoriali. Nei casi in cui la salvaguardia del consumatore si ottiene intervenendo direttamente sulla struttura del contratto, questa disciplina speciale finisce sempre per prevalere rispetto a quella generale. Cfr. su questo A. PALMIERI, "Realità del mutuo: tramonto a Lutezia?" nota a Corte di Cassazione di Francia, sezione I civile, sentenza 28 marzo 2000, in *Foro Italiano*, 2000, IV, cit.

⁽¹⁴⁾ È appena il caso di sottolineare che il principio di diritto enucleato dalla Corte esprime la propria valenza nei confronti di tutti i contratti di mutuo conclusi da professionisti del credito, anche ove nella controparte non sia riconoscibile un consumatore, ma un soggetto di pari rilevanza economica rispetto al concedente. L'argomento che guida il ragionamento della Corte, difatti, è quello della complessità del procedimento di formazione del contratto di mutuo, dal quale discende la sostanziale superfluità della consegna come momento di realizzazione della volontà negoziale, altrimenti manifestata attraverso l'accettazione da parte dei contraenti di un regolamento lungamente discusso o, come nel caso dei contratti per adesione, dettagliatamente descritto. Tale requisito si incontra *a fortiori* nella generalità dei negozi di finanziamento che gli istituti di credito intrattengono verso imprese di notevole rilevanza economica. Il principio enucleato dalla Corte si rivolge, di poi, anche ai mutui gratuiti: l'elemento offerto dalla complessità della procedura di formazione del negozio è una caratteristica presente anche nei finanziamenti concessi da operatori professionali del credito a titolo gratuito, sulla base di accordi con aziende produttrici di determinati beni e servizi che intendono, con l'offerta di tali finanziamenti, procurarsi una più vasta clientela per i

Ciò che nell'ordinamento giuridico francese è accaduto per grazia del giudice di legittimità, in Germania è avvenuto per merito del legislatore, nell'ambito della *Schuldrechtsreform*, la riforma del diritto delle obbligazioni, che modifica oltre un terzo degli articoli della codificazione civile entrata in vigore il primo gennaio del 1900. Una riforma travagliata, con la quale da un lato si rende conforme l'ordinamento civile tedesco a tre direttive della Comunità Europea relative alla tutela del consumatore, al contrasto del ritardo nei pagamenti e al commercio elettronico⁽¹⁵⁾, dall'altro si riportano nell'alveo del Codice una considerevole serie di discipline, oggetto di legislazione speciale nazionale⁽¹⁶⁾.

Negli ultimi anni, difatti, parte rilevante del diritto tedesco dei contratti è stata modificata da una folta messe di leggi a tutela del consumatore. La legge sul commercio a distanza⁽¹⁷⁾, la legge sul diritto di recesso nella vendita a domicilio dell'acquirente⁽¹⁸⁾, la legge sulle locazioni non continuative ad uso di abitazione⁽¹⁹⁾, hanno isolato delle

propri prodotti. Anche in questi contratti è pienamente raffigurabile il pregiudizio che la parte richiedente il finanziamento patirebbe nel caso venisse meno la corresponsione della somma sulla quale contava per l'acquisto di un bene che altrimenti non sarebbe in grado di affrontare.

⁽¹⁵⁾ Rispettivamente la direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita di beni di consumo e delle garanzie dei beni di consumo; la direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000 sul contrasto dei ritardi di pagamento nel traffico commerciale; gli articoli 10, 11 e 18 della direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 concernente taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno.

⁽¹⁶⁾ La lista esaustiva di tali leggi speciali è fornita dall'*Informationspapier* che il *Bundesministerium der Justiz* ebbe ad allegare al proprio *Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes* del 4 agosto del 2000, il primo atto del processo di riforma. Essa comprende la *Haustürwiderrufgesetz*, *Verbraucherkreditgesetz*, *Fernabsatzgesetz*, *Teilzeit-Wohnrechtgesetz*, *Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz*, *FIBOR-Überleitungs-Verordnung*, *Lombardsatz-Überleitungs-Verordnung*, *Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung*.

⁽¹⁷⁾ Che riguardava ogni specie di contratto avente ad oggetto la prestazione di beni o servizi ("*Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen*") se concluso fra un imprenditore e un consumatore esclusivamente attraverso l'impiego di un mezzo di comunicazione a distanza ("*unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln*").

⁽¹⁸⁾ La legge assicurava il diritto di recedere da contratti stretti con un imprenditore che avessero ad oggetto prestazioni onerose e che fossero stati conclusi attraverso accordi verbali presi presso il posto di lavoro del consumatore o all'interno di un'abitazione privata, come pure all'interno di attività condotte da una delle parti del contratto o da terzi nell'ambito del proprio tempo libero o, ancora, in conseguenza di prese di contatto casualmente predisposte in mezzi collettivi di trasporto o in ambienti ad essi connessi.

⁽¹⁹⁾ La legge si applicava a tutti i contratti, intercorrenti fra un imprenditore e un consumatore, mediante il quale il primo procura o si impegna a procurare, dietro il pagamento di un prezzo totale, la disponibilità di un immobile ad uso abitativo perché venga adoperato, in un periodo determinato o determinabile dell'anno e per almeno tre anni, per scopo di abitazione o riposo.

fattispecie negoziali da tipi precedentemente disciplinati dal BGB, per regolarle in maniera profondamente diversa dal modello codicistico, in modo da tutelare maggiormente le ragioni del contraente debole. La nuova costruzione del mutuo è frutto di questo secondo intento della *Schuldrechtsreform*, quello di riportare nel Codice tali discipline nate fuori da esso (20).

La disciplina originale del BGB descriveva il mutuo, in piena aderenza al modello romanistico, come un contratto *reale*, che si conclude cioè con il trasferimento di una data quantità di denaro o di altre cose fungibili dal mutuante al mutuatario (21). Questi è l'unica parte obbligata per effetto del negozio: il mutuo è, per il codificatore del 1896, un contratto unilaterale, da cui sorge solo l'obbligo del ricevente alla restituzione di cose eguali a quelle ricevute per quantità, specie e qualità, indifferentemente dalla pattuizione o meno di un interesse. Il mutuo è considerato un contratto normalmente gratuito che può recepire la pattuizione di interessi (22); nel caso sia oneroso la bilateralità dell'operazione economica, per cui una parte riceve un prezzo a fronte dell'utilizzo che altri fa di un proprio bene, non comporta una eguale bilateralità delle obbligazioni che sorgono dal contratto (23).

Una prima modifica a questo tessuto normativo fu portata nel 1986 con l'introduzione di un nuovo paragrafo, il 609a, che stabiliva la possibilità per il debitore di recedere dal mutuo in taluni casi. Di particolare interesse fra questi quello del mutuo concesso ad una persona fisica: in tal caso il debitore poteva recedere unilateralmente dal mutuo che non fosse garantito da altro diritto accessorio o che non

(20) Un fenomeno che la dottrina tedesca ha sino ad ora denominato con l'appellativo di "*Mischrecht*", cfr. G. DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft*, in *Archiv für die zivilistische Praxis* 184, 1984, p. 247 ss. La nuova comprensione di tali norme nel BGB viene da più parti intesa come parte di un più generale processo di "codificazione, decodificazione e ricodificazione" del diritto privato, cfr. R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, *Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht*, in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001 (Tagungsband Münster 22. 1. 2001).

(21) Così il § 607 primo comma del BGB, che apre il titolo dedicato al *Darlehen*: "Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten."

(22) Secondo il tenore del § 608: "Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten".

(23) L'onerosità del mutuo comportava, a tenore di legge, solo l'obbligo negativo per il mutuante di non poter chiedere la restituzione del mutuo prima della scadenza concordata, facoltà invece concessa dal paragrafo 609 terzo comma nel caso di mutuo gratuito: "Sind Zinsen nicht bedungen, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt."

servisse per il finanziamento di un'attività commerciale o professionale con la sola osservanza di talune formalità di disdetta ⁽²⁴⁾.

Il complesso sistema del § 609a lasciava così intravedere, descrivendola in negativo, l'emergere della figura che avrebbe provocato, di lì a poco, la nascita di una disciplina completamente nuova del mutuo. Alla fine del 1990 veniva difatti emanato il *Verbraucherkreditgesetz*, la legge sul credito al consumo, che, più che definire in positivo una figura astratta di consumatore come soggetto meritevole di una tutela maggiore da parte dell'ordinamento, classificava un'area di situazioni contrattuali da destinare ad un regime diverso rispetto a quello del mutuo descritto dal BGB. Una tipizzazione che procedeva sia sotto il profilo soggettivo, che su quello relativo alla struttura stessa del contratto. Circa il primo aspetto, la legge sul credito al consumatore riguardava esclusivamente i contratti stretti tra un soggetto, sia esso persona fisica come giuridica, che concede un credito nell'estrinsecazione della propria attività commerciale o professionale, oppure esercita attività di intermediazione o consulenza ad un tal scopo, e una persona fisica ⁽²⁵⁾. Circa il secondo, la legge concerneva non già il modello contrattuale descritto dal BGB, ma un più generale contratto di credito (*"Kreditvertrag"*) di cui il mutuo è una fra le forme di realizzazione ⁽²⁶⁾.

Il contratto di credito può così sostanziarsi nell'attribuzione diretta

⁽²⁴⁾ §609a 1 n. 2: "Der Schuldner kann ein Darlehen, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart ist, ganz oder teilweise kündigen: 1. wenn die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit endet und keine neue Vereinbarung über den Zinssatz getroffen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat frühestens für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet; ist eine Anpassung des Zinssatzes in bestimmten Zeiträumen bis zu einem Jahr vereinbart, so kann der Schuldner jeweils nur für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet, kündigen; 2. wenn das Darlehen einer natürlichen Person gewährt und nicht durch ein Grund- oder Schiffspfandrecht gesichert ist, nach Ablauf von sechs Monaten nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten; dies gilt nicht, wenn das Darlehen ganz oder überwiegend für Zwecke einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt war; 3. in jedem Falle nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten; wird nach dem Empfang des Darlehens eine neue Vereinbarung über die Zeit der Rückzahlung oder den Zinssatz getroffen, so tritt der Zeitpunkt dieser Vereinbarung an die Stelle des Zeitpunkts der Auszahlung."

⁽²⁵⁾ VerbrKG §1 abs. 1: "Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer, der einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einem Verbraucher. Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist (Verbraucher)."

⁽²⁶⁾ Essa può concludersi tanto con la consegna della cosa che con la promessa di consegnarla, stante il tenore letterale del §1 abs. 2 del *Verbraucherkreditgesetz*: "Kreditvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht."

al consumatore di una somma di denaro (e si avrà quindi il mutuo in senso stretto), ma anche nella concessione di una dilazione di pagamento⁽²⁷⁾ o di un qualsiasi altro aiuto finanziario. In ogni caso, esso andrà stipulato attraverso la forma scritta, a pena di nullità⁽²⁸⁾. La legge prescrive, a tal proposito, una lunga serie di elementi che debbono essere contenuti nel documento⁽²⁹⁾. Una volta debitamente compilato e sottoscritto, il contratto di credito è comunque revocabile unilateral-

(27) Fattispecie prima riconducibile al § 607 secondo comma del BGB, per cui il debitore di una somma di denaro o di una quantità di altra cosa fungibile, dovuta ad altro titolo, può concordare con il creditore che esse siano dovute a titolo di mutuo: "Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen."

(28) VerbKG § 6 abs. 1: "Der Kreditvertrag ist nichtig, wenn die Schriftform insgesamt nicht eingehalten ist oder wenn eine der in § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe a bis f und Nr. 2 Buchstabe a bis e vorgeschriebenen Angaben fehlt."

(29) VerbKG § 4 abs. 1 nn. 1 e 2: "Der Kreditvertrag bedarf der schriftlichen Form. Der Form ist genügt, wenn Antrag und Annahme durch die Vertragsparteien jeweils getrennt schriftlich erklärt werden. Der Abschluss des Vertrages in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Die Erklärung des Kreditgebers bedarf keiner Unterzeichnung, wenn sie mit Hilfe einer automatischen Einrichtung erstellt wird. Die vom Verbraucher zu unterzeichnende Erklärung muß angeben 1) bei Kreditverträgen im allgemeinen: a) den Nettokreditbetrag, gegebenenfalls die Höchstgrenze des Kredits; b) den Gesamtbetrag aller vom Verbraucher zur Tilgung des Kredits sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen, wenn der Gesamtbetrag bei Abschluß des Kreditvertrags für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststeht. Ferner ist bei Krediten mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, ein Gesamtbetrag auf der Grundlage der bei Abschluß des Vertrags maßgeblichen Kreditbedingungen anzugeben. Kein Gesamtbetrag ist anzugeben bei Krediten, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist; c) die Art und Weise der Rückzahlung des Kredits oder, wenn eine Vereinbarung hierüber nicht vorgesehen ist, die Regelung der Vertragsbeendigung; d) den Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Kredits, die, soweit ihre Höhe bekannt ist, im einzelnen zu bezeichnen, im übrigen dem Grunde nach anzugeben sind, einschließlich etwaiger vom Verbraucher zu tragender Vermittlungskosten; e) den effektiven Jahreszins oder, wenn eine Änderung des Zinssatzes oder anderer preisbestimmender Faktoren vorbehalten ist, den anfänglichen effektiven Jahreszins; zusammen mit dem anfänglichen effektiven Jahreszins ist auch anzugeben, unter welchen Voraussetzungen preisbestimmende Faktoren geändert werden können und auf welchen Zeitraum Belastungen, die sich aus einer nicht vollständigen Auszahlung oder aus einem Zuschlag zu dem Kreditbetrag ergeben, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses verrechnet werden; f) die Kosten einer Restschuld- oder sonstigen Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird; g) zu bestellende Sicherheiten; 2) bei Kreditverträgen, die die Lieferung einer bestimmten Sache oder die Erbringung einer bestimmten anderen Leistung gegen Teilzahlungen zum Gegenstand haben, a) den Barzahlungspreis; b) den Teilzahlungspreis (Gesamtbetrag von Anzahlung und allen vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen einschließlich Zinsen und sonstiger Kosten); c) Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen; d) den effektiven Jahreszins; e) die Kosten einer Versicherung, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag abgeschlossen wird; f) die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts oder einer anderen zu bestellenden Sicherheit."

mente da parte del solo consumatore, nel termine di una settimana dalla conclusione, con la sola osservanza della forma scritta ⁽³⁰⁾. Nel caso il *Kreditvertrag* abbia preso la forma del mutuo, essendosi quindi realizzato il trasferimento di una somma di denaro al consumatore, questi non può recedere senza restituire quanto percepito, nel termine di due settimane dalla manifestazione di recesso o dal momento in cui la somma gli è stata corrisposta ⁽³¹⁾. Per come è agevole vedere, la legge sul credito al consumo apriva una considerevole breccia nella concezione del mutuo come contratto reale e unilaterale. Ove questo intervenga tra un soggetto che esercita professionalmente l'attività creditizia e un privato, il primo si obbliga già alla firma del contratto a corrispondere la somma che ne costituisce oggetto al secondo, che rimane, entro i termini appena descritti, libero di rifiutarla con il proprio recesso unilaterale ⁽³²⁾.

3. *Il contrastato percorso della Schuldrechtsreform in materia di mutuo.*

Possiamo capire quindi meglio l'esigenza che ha mosso il legislatore tedesco a comprendere anche la materia del mutuo all'interno della riforma del BGB, estendendo i confini di questa ben oltre la necessità di adempiere alle tre direttive comunitarie prima ricordate. Prima della

⁽³⁰⁾ VerbKG § 7 abs. 1: "Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht nach § 361a des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu. Hat ein Kreditvertrag die Lieferung einer Sache oder die Erbringung einer anderen Leistung zum Gegenstand, so kann anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgaberecht nach § 361b des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingeräumt werden."

⁽³¹⁾ VerbKG § 7 abs. 3: "Hat der Verbraucher in den Fällen des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 das Darlehen empfangen, gilt der Widerruf als nicht erfolgt, wenn er das Darlehen nicht binnen zweier Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlt."

⁽³²⁾ Ciò è chiaro innanzitutto dal tenore letterale del §1 abs. 2, che dispone l'eguale disciplina tanto per le ipotesi in cui il credito viene effettivamente prestato ("*gewährt*") dal mutuante da quelle in cui questi promette di prestarlo ("*zu gewähren verspricht*") e poi dall'espresso disposto del § 13 ("Der Kreditgeber kann von einem Kreditvertrag, der die Lieferung einer Sache oder die Erbringung einer anderen Leistung gegen Teilzahlungen zum Gegenstand hat, wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers nur unter den in § 12 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen zurücktreten."), che ammette il datore di credito al recesso solo nei casi di inadempimento descritti dal precedente § 12 ("Der Kreditgeber kann bei einem Kredit, der in Teilzahlungen zu tilgen ist, den Kreditvertrag wegen Zahlungsverzugs des Verbrauchers nur kündigen, wenn 1) der Verbraucher mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens zehn vom Hundert, bei einer Laufzeit des Kreditvertrages über drei Jahre mit fünf vom Hundert des Nennbetrages des Kredits oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und 2) der Kreditgeber dem Verbraucher erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, daß er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.") e solo a patto che siano state seguite le procedure ivi descritte per l'intimazione dei pagamenti ritardati.

riforma, difatti, la massima parte dei negozi di finanziamento, quelli intercorrenti fra un istituto di credito o comunque un operatore professionale del settore e il privato, rimaneva nella disciplina della legge speciale, il *Verbraucherkreditgesetz*. Nell'imperio della comune disciplina codicistica rimanevano solo le ipotesi-limite del credito: da una parte i contratti intercorrenti fra persone giuridiche, operazioni estremamente complesse nella prassi, che potevano trovare nelle disposizioni originarie del BGB solo un lontano archetipo, ma difficilmente delle norme di effettiva utilità definitoria e precettiva; dall'altra i mutui concessi da privato a privato, quelli gratuiti e quelli che hanno per oggetto cose fungibili diverse dal denaro.

Se fu chiara la necessità di una risistemazione della materia, molto meno lineare ne è stato il percorso. Il primo progetto di riforma, il cosiddetto progetto di discussione ("*Diskussionsentwurf*") redatto dal Ministero federale di Giustizia si limitava difatti ad inserire il disposto del *Verbraucherkreditgesetz* al posto della precedente disciplina del mutuo, operazione che sembrava in quel momento sufficiente a produrre una moderna regolamentazione del contratto di credito⁽³³⁾. Il termine tradizionale di mutuo, il *Darlehen* del BGB veniva quindi completamente soppiantato dal *Kreditvertrag*⁽³⁴⁾, nelle due forme in cui veniva disciplinato dal *Verbraucherkreditgesetz*: la fattispecie in cui il rapporto creditorio intercorre direttamente tra il consumatore richiedente e l'imprenditore concedente e la fattispecie in cui il consumatore si rivolge all'operatore professionale perché questi gli procuri possibilità di finanziamento da parte di terzi (*Kreditvermittlungsvertrag*).

Il *Kreditvertrag* veniva quindi descritto, in forma generale, come quel contratto con cui il concedente si obbliga a mettere a disposizione della parte richiedente la somma di denaro dell'importo fra loro convenuto, mentre il secondo si obbliga a corrispondere gli interessi nel tasso convenuto e a restituire il capitale alla scadenza. Oggetto del *Kreditvertrag* così definito può essere anche, come nel testo originale del *Verbraucherkreditgesetz*, una dilazione nel pagamento di un debito prodotto da altro titolo o un qualsiasi altro *Finanzierungshilfe*⁽³⁵⁾. Il

(33) Questa l'icastica dichiarazione d'intenti dell'*Informationspapier* che accompagnava il progetto del Ministero federale di Giustizia: "Das Verbraucherkreditgesetz soll mit dem völlig überholten Titel über das Darlehen zu einem modernen Titel über den Kreditvertrag verschmolzen werden." (p. 14).

(34) Sulla differenza tra i due concetti cfr. J. KÖNDGEN, "Modernisierung des darlehenrechts: eine Feblanzeige" in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen 2001, p. 469, che sottolinea come il concetto giuridico di mutuo (il *Darlehen*, appunto) costituisca un elemento importante dello *ius commune* europeo, permeando di sé la totalità delle codificazioni.

(35) BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Entwurf)*, § 490 (*Vertragstypische Pflichten beim Kreditvertrag*): "Durch den Kreditvertrag wird der Kreditgeber verpflichtet, dem Kreditnehmer den vereinbarten Geldbetrag (Kredit) zur

testo del *Diskussionsentwurf* fa quindi premio su una nozione atecnica, tutta economica che rimane nella sua aspecificità giuridica anche quando viene elevata a concetto generale su cui edificare una sistematica che rappresenta una forte soluzione di continuità con quella originale del BGB⁽³⁶⁾.

Il concetto di *credito*, difatti, viene preferito a quello di *mutuo* per far ricadere nella descrizione di un'unica fattispecie tutte le ipotesi in cui un soggetto riceve un finanziamento, si realizzi esso o meno con la materiale disponibilità di una somma di denaro⁽³⁷⁾. Ciò porta ad una definizione del contratto a partire dalle forme concrete in cui si svolge il credito nella prassi, una soluzione foriera di numerosi problemi interpretativi⁽³⁸⁾. Procedendo dalla considerazione delle ipotesi di maggiore importanza economica, il *Diskussionsentwurf* disegnava il

Verfügung zu stellen. Der Kreditnehmer ist verpflichtet, den vereinbarten Zins zu zahlen und nach Beendigung des Vertrags den zur Verfügung gestellten Geldbetrag zurückzuerstatten. Gegenstand eines Kreditvertrags können auch ein Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe sein."

⁽³⁶⁾ Cfr. T. PFEIFFER, "Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB" in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, cit., p. 521.

⁽³⁷⁾ La nozione di contratto di credito nasce proprio per identificare il minimo comune denominatore fra ipotesi diversissime fra loro. Ogni tipo di contratto oneroso può associarsi ad un negozio di credito. Da qui la maggior difficoltà del *Diskussionsentwurf*, quella di elevare a tipo contrattuale una nozione originariamente pensata per essere trasversale a una serie molto varia di tipologie negoziali, dalla compravendita, alla locazione, al mutuo in senso proprio. Su questo cfr. M. ARTZ, "Neues Verbraucher kreditrecht im BGB" in *Jahrbuch Jungen Zivil Rechtswissenschaftlern*, 2001, p. 234 ss.

⁽³⁸⁾ La definizione del § 490 del *Diskussionsentwurf* non è difatti aliena da incongruenze, derivanti dal peso che comunque esercita la tradizionale nozione di mutuo. Come osserva P. BÜLOW, "Kreditvertrag und Verbraucher kreditrecht im BGB", in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE, (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, cit., p. 154, il primo comma inizia (primo periodo) col descrivere gli obblighi che il concedente assume in una qualsiasi forma di contratto di credito, ma il secondo tratteggia gli obblighi del ricevente solo con riguardo al mutuo che, nell'ottica di questo articolo, è solo una fra le possibili forme di credito. La redazione dell'articolo lasciava quindi il dubbio se tale disciplina fosse comunque applicabile anche alle ipotesi in cui il credito si realizza mediante la concessione di una dilazione di pagamento o di altro aiuto finanziario o se tali ultime forme non trovassero disciplina nel Progetto. Ipotesi quest'ultima preferibile, a giudizio del Bülow, stante la forte eterogeneità che intercorre tra queste ipotesi e quella in cui il credito si sostanzia nella materiale disponibilità di una somma. Cfr. anche M. ARTZ, "Neues Verbraucher kreditrecht im BGB" in *Jb.J.ZivRWiss.*, 2001, p. 233, che sottolinea come il § 490 sia l'unica norma del *Disk-E* a descrivere i negozi di finanziamento, ma attraverso una nozione che non è in grado di comprendere che quei contratti che hanno ad oggetto la concessione diretta o indiretta di una somma di denaro. Sfuggono alla definizione, pertanto, sia le ipotesi in cui il finanziamento consiste nella dilazione del pagamento (ipotesi menzionata ma non concretamente disciplinata nel paragrafo) sia quei contratti come il *leasing*, in cui l'obbligato può liberarsi sia pagando il debito pecuniario, sia restituendo, durante il periodo del credito, il bene preso in locazione finanziaria.

contratto di credito come naturalmente oneroso ⁽³⁹⁾ — il che sembrava tuttavia escludere una serie di discipline pur ricorrenti nella pratica ⁽⁴⁰⁾ — e, soprattutto, lo definiva come contratto consensuale ⁽⁴¹⁾.

Due caratteristiche che verranno mantenute anche nelle tappe successive del processo di riforma della codificazione. Dieci mesi dopo il progetto del Ministero federale di giustizia, veniva presentato difatti il progetto governativo che sarebbe poi diventato legge l'undici ottobre del 2001 ⁽⁴²⁾. Questo si distingueva fortemente dal *Diskussionsentwurf*, per il fatto di tornare a organizzare la materia intorno al concetto di mutuo, il *Darlehen* della redazione originaria del BGB, di cui si abbandonava comunque la natura reale per configurarlo invece come contratto bilaterale, in virtù del quale il mutuante si obbliga, sin dal momento di formazione del consenso, a mettere a disposizione del

⁽³⁹⁾ Nell'ottica della relazione che accompagna il *Diskussionsentwurf*, la scelta di descrivere il *Kreditvertrag* come naturalmente oneroso è indipendente da opzioni particolari concernenti il profilo funzionale del contratto, ma costituisce soltanto un modo per venire meglio incontro alla realtà quotidiana: "Anders als §§ 607 und 608 geht die Regelung nicht mehr von der Unentgeltlichkeit des Darlehens aus. Sie legt vielmehr die heutigen Realitäten zugrunde, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich ist. Die Regelungen sind dispositiv, so dass auch unentgeltliche Darlehen zulässig sind. Dies gilt nach § 305c auch bei Verbraucherkreditverträgen, weil dies eine dem Verbraucher günstige Abweichung wäre. Die besondere Erwähnung des unentgeltlichen Darlehens ist entbehrlich, weil es so selten ist." BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Entwurf), Vorbemerkung zu § 490 Absatz 1*.

⁽⁴⁰⁾ La definizione di *Kreditvertrag* del *Diskussionsentwurf* non comprendeva difatti altre ipotesi che quelle aventi ad oggetto del denaro; sarebbero quindi rimaste fuori dal BGB tutte quelle fattispecie — di sicura ricorrenza pratica, anche se di non grande rilevanza economica — in cui il prestito ha ad oggetto cose fungibili diverse dalla moneta, talune di queste, come nel caso del prestito dei recipienti nella vendita di bibite con il c.d. "vuoto a rendere", accessorie a contratti onerosi. In questo senso M. ARTZ, "Neues Verbraucherkreditrecht im BGB", cit. *Contra* J. KÖNDGEN, "Modernisierung des darlehenrechts: eine Feblanzeige", cit., p. 470 che, considerando non precettiva la norma che sarebbe stata inserita con il § 490 Disk-E nel tessuto del Codice, afferma che né le ipotesi predette, né altre di maggior rilevanza economica, come il *Wertpapierdarlehen*, sarebbero state prive di una disciplina, altrimenti definibile.

⁽⁴¹⁾ La consensualità nella conclusione del *Kreditvertrag* è vista dal *Diskussionsentwurf* come naturale corollario della maggiore "modernità" di questa figura rispetto a quella del mutuo di ispirazione romanistica che, per la sua realtà, risulta scartato dalla prassi: "Damit kann zugleich erreicht werden, dass das Darlehensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs modernisiert wird. Dieses geht noch heute von dem völlig unüblich gewordenen Handdarlehen aus. Den heute üblichen Kreditvertrag streift es unter der Bezeichnung "Darlehensversprechen" in § 610 nur am Rande. Diese wenig praxisnahe Ausrichtung bedarf dringend der Korrektur." BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Entwurf), Vorbemerkung zu Titel 4 (Kreditvertrag, Kreditvermittlungsvertrag)*.

⁽⁴²⁾ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, presentato al Bundestag il 14 maggio 2001 dai deputati della compagine di governo, pubblicato nel BT-Drucksache 14/6040 e meglio noto con il nome sintetico di *Regierungsentwurf (Reg-E)*.

mutuatario una somma di denaro nell'importo convenuto, mentre quest'ultimo si obbliga a pagare l'interesse dovuto e a restituire alla scadenza il capitale ricevuto ⁽⁴³⁾.

Il *Regierungsentwurf* prendeva quindi atto dell'impossibilità di sistemare tutte le ipotesi contrattuali di finalità creditizia e finanziaria all'interno di un unico concetto generale che, proprio per dover rappresentare fattispecie tanto diverse, sarebbe riuscito comunque vago e di scarsa capacità tipizzante ⁽⁴⁴⁾. È così che la materia creditizia viene disciplinata attraverso le tre diverse tipologie del mutuo (*Darlehen*),

⁽⁴³⁾ Questa la dizione definitiva del paragrafo 488 primo comma: "Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten." La versione del *Regierungsentwurf* differiva da questa solo in un punto: essa affermava che il mutuatario deve corrispondere l'interesse *convenuto* fra le parti ("*vereinbarten*") e non quello *dovuto* ("*geschuldeten*"), in base alla naturale onerosità di tale contratto, come risulta alla versione definitiva, dopo le osservazioni del *Rechtsausschuss* (la sesta commissione parlamentare). La definizione originale del *Regierungsentwurf* aveva l'intento di comprendere nell'unica nozione di mutuo, naturalmente oneroso, anche le rare ipotesi di mutuo pecuniario gratuito: "Anders als die bisherigen §§ 607 und 608 geht die jetzige Regelung vom Regelfall der Entgeltlichkeit des Darlehensvertrags aus und führt daher die Zinspflicht des Darlehensnehmers in Satz 2 ausdrücklich auf. Dies entspricht den heutigen Realitäten, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich ist. Der unbestimmte Artikel « einen vereinbarten Zins » verdeutlicht indessen zugleich, dass es auch unentgeltliche Formen des Darlehens gibt. Die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers bezieht sich auf das zur Verfügung gestellte « Darlehen ». Mit dieser Formulierung soll zum einen der im Sprachgebrauch übliche Begriff des Darlehens aufgenommen und zugleich auf seine jetzt eingeschränkte Bedeutung des Darlehensbetrags reduziert werden." (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu § 488 Abs. 2*, BT-Drucksache 14/6040, p. 252). Mediante il concetto di *interesse convenuto* il progetto governativo intendeva estendere a ipotesi marginali, quali quelle gratuite, il concetto di mutuo descritto nella sua naturale onerosità. Tale dizione veniva, al contrario, giudicata eccessivamente specifica dalla commissione parlamentare, per la quale il richiamo all'interesse pattuito aveva l'effetto di escludere dalla descrizione del tipo contrattuale quelle ipotesi in cui l'interesse viene disposto direttamente dalla legge: "Bei der Änderung handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Klarstellung: da sich der vom Darlehensnehmer zu zahlende Zins nicht nur aus vertraglichen Vereinbarungen, sondern auch aus dem Gesetz ergeben kann, sollte der Gesetzeswortlaut nach Ansicht des Ausschusses entsprechend weit gefasst sein." (*Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*. BT-Drucksache 14/7052, p. 200).

⁽⁴⁴⁾ Così la Relazione al *Regierungsentwurf*: "Der aus dem Verbraucherkreditgesetz bekannte Begriff des "Kredits", der als Oberbegriff für das Gelddarlehen, einen Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfen diente, wird aufgegeben. Stattdessen werden die sich dahinter verbergenden unterschiedlichen Erscheinungsformen des Kredits, zu der nach der Begrifflichkeit des Verbraucherkreditgesetzes auch der Ratenlieferungsvertrag zählt, eigenständig geregelt." (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 3 — Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge* (BT-Drucksache 14/6040, p. 252).

delle dilazioni di pagamento e dei supporti finanziari (*Finanzierungshilfen*) e dei contratti che comportano forniture di beni o servizi da rendersi in un arco di tempo (*Ratenlieferungsverträge*). Il progetto riuniva pertanto in uno stesso titolo tutte le ipotesi di contratti comportanti la concessione di un credito, rappresentato o rappresentabile in una somma di denaro ⁽⁴⁵⁾. Ciò aveva come conseguenza immediata la posizione di una definizione del mutuo radicalmente opposta al dettato della tradizione. La nuova sistematica, difatti, procede assumendo come tipo fondamentale di mutuo il prestito di denaro ad interesse e non già la consueta figura di negozio gratuito, che presuppone un'eguale disciplina sia per l'ipotesi in cui abbia oggetto una somma di denaro, sia per il caso in cui le parti vogliano disporre, ad esempio, di granaglie o di qualsiasi altra cosa che esprima la propria utilità con la consumazione e possa per questo essere restituita nel *tantundem eiusdem generis et qualitatis*.

Il fatto che il mutuo riguardi del denaro giustifica, nella struttura classicamente descritta dalle codificazioni moderne, la posizione di specifiche regole concernenti gli interessi — fenomeno inscindibilmente legato alla circolazione monetaria e non immediatamente ipotizzabile per un prestito non effettuato in valuta — ma queste non scalfiscono il

⁽⁴⁵⁾ È da notare, a tal proposito, come il governo federale abbia respinto il parere del *Bundesrat* tendente ad una formulazione più tradizionale del § 488, la norma che pone la nuova definizione del contratto. Il progetto governativo stabiliva come obbligo del ricevente quello di restituire la somma *messa a disposizione* (*zur Verfügung gestellte Darlehen*) dal mutuante. La Camera dei *Länder* proponeva di sostituire questa dizione con un'altra (*in Anspruch genommene*) che, a suo giudizio, avrebbe meglio sottolineato l'obbligo del mutuante di corrispondere la somma pattuita al mutuatario (*Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, § 488, BR-Drucksache 338/01, p. 63). Il governo federale non riteneva di far proprio il suggerimento, che avrebbe a suo parere ristretto la definizione del contratto alle sole ipotesi di mutuo che si realizzano per contanti: "Die gewählte Formulierung in § 488 Satz 2 BGB-RE greift den Wortlaut des Satzes 1 auf, der den Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer den Darlehensbetrag « zur Verfügung zu stellen ». Der Begriff des Zur-Verfügung-Stellens ist gewählt worden, um hierunter nicht nur die Barauszahlung, sondern auch die in der Rechtswirklichkeit vorkommenden unterschiedlichen Formen der Überlassung von Geld wie die Überweisung, Gutschrift, die Gewährung eines Kontokorrentkredits etc. verstehen zu können. Gleichermäßen weit muss daher auch die Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers formuliert sein, da diese mit der Pflicht des Darlehensgebers der Zur-Verfügung-Stellung des Darlehensbetrags korrespondiert. Würde man in Satz 2 eine andere Formulierung wählen, könnte der Irrtum entstehen, dass sich die Rückzahlungspflicht nicht auf alle Formen der « Zur-Verfügung-Stellung » des Darlehens richtet. Dies sollte vermieden werden. Im Übrigen ergibt sich aus der Rückerstattungspflicht als solcher, dass das Darlehen an den Darlehensnehmer valutiert worden sein muss, da der Darlehensnehmer nicht zu einer Rückerstattung eines Geldbetrags, den er gar nicht erhalten oder in anderer Weise in Anspruch genommen hat, verpflichtet werden kann." (*Gegenäußerung der Bundesregierung zu den Vorschlägen und Prüfbitten des Bundesrates, zu Nummer 107, BT-Drucksache 14/6857*, p. 64).

presupposto fondamentale dell'unità del tipo contrattuale, che viene definito a prescindere dalla natura delle cose che ne costituiscono l'oggetto. La nuova disciplina del BGB, al contrario, individua nel mutuo pecuniario la figura principale di *Darlehen*, e la tiene radicalmente distinta dal mutuo di altre cose fungibili, disciplinato in un titolo diverso e gratificato della specifica denominazione di *Sachdarlehen* ⁽⁴⁶⁾. Un'operazione che realizza la necessità di attualizzare il tessuto normativo alle urgenze definitorie della prassi, per cui il mutuo è costituito essenzialmente dal prestito di denaro, all'interno di negozi più o meno complessi, ma tutti caratterizzati dalla corresponsività dell'impegno economico assunto dalle parti ⁽⁴⁷⁾. La naturale onerosità del mutuo pecuniario si traduce nell'intrinseca bilateralità del rapporto derivante e rende patente la ricostruzione della fattispecie come contratto non più reale, ma consensuale ⁽⁴⁸⁾. La caratteristica della conclusione consen-

⁽⁴⁶⁾ "Im Untertitel 1 wird die HAUPTERSCHEINUNGSFORM des Kredits, das Gelddarlehen, geregelt. Entsprechend der bisherigen Terminologie wird dabei am Begriff des «Darlehens» ohne den Zusatz des «Geld»-Darlehens festgehalten. Dies entspricht dem Umstand, dass der Begriff des «Darlehens» im Allgemeinen und auch im Fachsprachgebrauch ausschließlich als Gelddarlehen verstanden wird. Dagegen ist für die Bezeichnung des Sonderfalls der vom bisherigen § 607 ebenfalls erfassten Überlassung von vertretbaren Sachen der Begriff des «Sachdarlehens» üblich geworden." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 3 — Darlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge* (BT-Drucksache 14/6040, p. 252, cit.).

⁽⁴⁷⁾ Il progetto governativo rimarca spesso come la disciplina originaria del BGB fosse ormai lontana dalla coscienza giuridica diffusa nella prassi: "Das Darlehen ist in den bisherigen §§ 607 ff. — wie oben bereits ausgeführt — lediglich fragmentarisch geregelt und ist zwischenzeitlich von der Rechtswirklichkeit überholt. Der bisherige § 607 als Basisnorm des Darlehensrechts geht dabei noch von der historischen Vorstellung des Darlehens als Realvertrag aus." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 3*, cit.

⁽⁴⁸⁾ La definizione del mutuo come contratto consensuale e non più reale è, per il progetto governativo, l'unico modo perché la codificazione civile rispecchi nuovamente la realtà dei rapporti giuridici di quotidiana occorrenza: "Nach dem bisherigen Gesetzeswortlaut entsteht die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Rückzahlung nämlich erst, wenn er die Summe empfangen hat. Erst mit der Übertragung des Geldes bzw. vertretbarer Sachen kommt mithin nach der jetzigen Gesetzesfassung der Darlehensvertrag zustande, den das Gesetz im Übrigen in der geltenden Fassung lediglich als einen den Darlehensnehmer einseitig verpflichtenden Vertrag ausgestaltet. Die Verpflichtungen des Darlehensgebers zur Überlassung und Verschaffung des Kapitals finden im bisherigen Gesetzestext keine Erwähnung. Den Anspruch des Darlehensnehmers auf Auszahlung des vereinbarten Darlehensbetrags entnahm die Rechtsprechung daher früher einem Vorvertrag. Von dieser Konstruktion gehen die Vertreter der sog. "Realvertragstheorie" auch weiterhin aus. Die ganz überwiegende Meinung folgt freilich inzwischen der sog. "Konsensualvertragstheorie", die das Darlehen als zweiseitig verpflichtenden Vertrag ansieht, der schon vor der Leistung des Darlehensgebers durch die Willenserklärungen der Vertragsparteien zustande kommt. Dies erspart den umständlichen Aufbau über einen Vorvertrag und entspricht im Übrigen der zeitgemäßen Ausgestaltung des Kreditvertrags im bisherigen Verbraucher-

suale, quindi, introdotta dalla legislazione speciale a tutela del consumatore si trasmette al tipo del mutuo regolato dal diritto civile, che trova come ipotesi specifiche quelle sino a ora previste da leggi speciali, come il *Verbraucherdarlehensvertrag*, il mutuo che si differenzia dal tipo perché realizzato fra un imprenditore come mutuante e un consumatore come mutuatario ⁽⁴⁹⁾.

La presa di coscienza della realtà funzionale del mutuo pecuniario quale si realizza nel vivo della prassi conduce a isolare nel negozio caratteristiche che non possono più corrispondere ad una fattispecie a conclusione reale, come nella concezione tradizionale dei codici, ma ad una struttura consensuale, non diversa da quella che si realizza con la compravendita o la locazione. Una soluzione che, conquistata sul terreno delle ipotesi maggiormente ricorrenti nella prassi, espone tuttavia il legislatore tedesco a delle scelte coraggiose per quanto concerne le fattispecie di minore frequenza e, spesso ma non sempre, di ridotta importanza economica: quelle del mutuo di cose diverse dal denaro. In questo caso, come abbiamo detto, non vi è ad oggetto del contratto un bene naturalmente produttivo di interessi, tale che si possa agevolmente predicare la bilateralità delle prestazioni assunte dalle parti ⁽⁵⁰⁾. L'intrinseca gratuità di queste ipotesi fa dunque venire meno il fondamento funzionale per una ridefinizione del mutuo come contratto consensuale.

kreditgesetz. Die Konsensualvertragstheorie spiegelt zwar die Rechtswirklichkeit wieder, ist freilich vom bisherigen Gesetzeswortlaut der §§ 607 ff. nicht gedeckt. Eine Änderung der gesetzlichen Regelung ist daher dringend erforderlich, zumal mit dem Verbraucher-kreditgesetz für einen großen Teil des Darlehensrechts, namentlich den Verbraucher-kreditverträgen, bereits eine zeitgemäße Kodifikation des Kreditrechts besteht, die als Grundlage für die Neugestaltung des Darlehensrechts geeignet ist, der freilich derzeit die systematische Verbindung zum Darlehensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs fehlt." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 3*, cit.

⁽⁴⁹⁾ *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, (BT-Drucksache 14/6040) §491 (*Verbraucherdarlehensvertrag*): "Für entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer (*Verbraucherdarlehensvertrag*) gelten vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 ergänzend die folgenden Vorschriften. Verbraucher im Sinne dieses Titels ist über § 13 hinaus auch, wer sich ein Darlehen für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit gewähren lässt (Existenzgründer)."

⁽⁵⁰⁾ Il progetto governativo parte anche qui dall'osservazione della "realtà giuridica", in cui è ormai affermata la radicale divisione tra le due tipologie di mutuo: "Die bisherigen §§ 607 ff. regelten neben dem Gelddarlehen auch das sog. Sachdarlehen. Dies wurde durch die bisherige Fassung des § 607 deutlich gemacht, wo neben Geld « andere vertretbare Sachen » aufgeführt sind. In der Rechtswirklichkeit haben sich freilich zwei voneinander getrennte Regelungsbereiche zum Gelddarlehen einerseits mit den Besonderheiten des Verbraucher-kreditgesetzes und zum Sachdarlehen andererseits entwickelt. Dieser Trennung trägt der Entwurf dadurch Rechnung, dass er das Gelddarlehen in den §§ 488 ff. RE nunmehr eigenständig regelt." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 7 — Sachdarlehensvertrag* (BT-Drucksache 14/6040, p. 258.)

L'alternativa è dunque chiara: o assoggettare il *Gelddarlehen* e il *Sachdarlehen*, il mutuo in denaro e il mutuo di cose, a due regimi radicalmente diversi di conclusione in funzione del loro diverso contenuto obbligatorio, oppure mantenere l'unità del tipo, adattando forzatamente un modello nella procedura di conclusione naturalmente propria dell'altro ⁽⁵¹⁾. La prima soluzione porterebbe a conservare al mutuo di cose la tradizionale natura reale, conseguente alla sua unilaterale; la seconda richiede di mutare la struttura del negozio, in modo da supportare la modalità di conclusione consensuale. È quest'ultima la via prediletta dalla *Schuldrechtsreform*. Il nuovo paragrafo 607, difatti, descrive il mutuo non pecuniario come un contratto obbligatorio per entrambe le parti nel momento in cui queste scambiano il loro consenso; per giungere a ciò, tuttavia, si deve descrivere il negozio in termini assai diversi rispetto a quanto dettato dalla tradizione romanistica, attribuendo al mutuatario non solo l'obbligo di restituire una eguale quantità dello stesso genere delle cose ricevute, ma anche quello di corrispondere al mutuante un compenso per l'uso che di queste si è fatto ⁽⁵²⁾. Il *Sachdarlehen* del nuovo ordinamento civile tedesco è quindi

⁽⁵¹⁾ Il progetto governativo parte dal presupposto della inapplicabilità delle norme che regolano il mutuo pecuniario alle tipologie che hanno ad oggetto cose diverse dal denaro, sottolineando comunque l'imprescindibilità di una esplicita normativa sul punto, restando impossibile attrarre nel tipo più ricorrente ogni possibile fattispecie di mutuo, fra cui quelle relative a operazioni di notevole importanza economica, come il mutuo di titoli azionari e di credito (*Wertpapierleihe*); il progetto sottolinea inoltre come nella prassi commerciale esistano molte forme miste di contratto, in cui elementi del mutuo si uniscono a elementi di contratti come la locazione o il comodato: "Angesichts der dortigen detaillierten Regelungen, die für den Regelungsbereich des Sachdarlehens lediglich in ihren Grundzügen Relevanz haben, scheint es nicht adäquat, für die Fälle des Sachdarlehens auf die Regelungen des Gelddarlehens zu verweisen. Es ist erwogen worden, auf die Regelungen über das Sachdarlehen zu verzichten. Dies soll indessen nicht geschehen. Das Sachdarlehen kommt in reiner Form immerhin bei der Wertpapierleihe zur Anwendung. Andere Formen des Sachdarlehens werden mit Elementen der Leihe, der Miete oder der Verwahrung gemischt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch sollten sich daher jedenfalls die Grundprinzipien des Sachdarlehensvertrags finden, damit die Rechte und Pflichten aus einem solchen Vertrag für den Bürger ersichtlich sind. Eine darüber hinausgehende detailliertere Regelung erscheint indessen nicht angezeigt, da der Hauptanwendungsbereich des Sachdarlehens, die Wertpapierleihe, ausschließlich unternehmensbezogen ist und damit ohnehin individualrechtlich oder durch Allgemeine Geschäftsbedingungen der Unternehmen in den Einzelheiten geregelt werden kann. Der Entwurf beschränkt sich daher auf eine Regelung der Grundprinzipien. Diese ist eng an die bisherigen Vorschriften der §§ 607 ff. angelehnt. Da sich der Begriff des Sachdarlehens im Sprachgebrauch eingebürgert hat, soll er aufrechterhalten bleiben." (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu Titel 7 — Sachdarlehensvertrag*. BT-Drucksache 14/6040, p. 258 cit.)

⁽⁵²⁾ Così il testo del § 607: "(*Vertragstypische Pflichten beim Sachdarlehensvertrag*) Durch den Sachdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer eine vereinbarte vertretbare Sache zu überlassen. Der Darlehensnehmer ist zur Zahlung eines Darlehensentgelts und bei Fälligkeit zur Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet. Die Vorschriften dieses Titels finden keine

un negozio che, misurato con le tradizionali categorie romanistiche, risulta un ibrido fra il mutuo classicamente inteso e la locazione: del primo mantiene la caratteristica della fungibilità della cosa oggetto del contratto, di cui il mutuante cede la proprietà⁽⁵³⁾; mentre assume dal secondo l'elemento del canone⁽⁵⁴⁾. Un inserimento che stravolge il tessuto tradizionale del mutuo⁽⁵⁵⁾, ma che è necessario, nell'ottica del legislatore, per ottenere quella bilateralità funzionale unico presupposto della struttura di conclusione consensuale del contratto⁽⁵⁶⁾.

Anwendung auf die Überlassung von Geld". L'obbligo al compenso (*Entgelt*) è regolato espressamente dal successivo § 609: "(*Entgelt*) Ein Entgelt hat der Darlehensnehmer spätestens bei Rückerstattung der überlassenen Sachen zu bezahlen".

⁽⁵³⁾ La formulazione del nuovo paragrafo 607 è stata attentamente scelta per segnare questa differenza tra il *Sachdarlehen* e i contratti in cui si trasferisce solo la detenzione del bene da restituirsi in individuo e non nel *tantundem*. Così la relazione al *Regierungsentwurf*: "Mit dem Begriff des « Überlassens » ist — in Abgrenzung zur Miete und Leihe — nicht nur die Überlassung zum Gebrauch, sondern die Überlassung zwecks Eigentumsübertragung gemeint." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu § 607 Absatz 1*. BT-Drucksache 14/6040, p. 259.

⁽⁵⁴⁾ Il compenso di cui al § 607 non è difatti assimilabile in alcun modo all'interesse. Nella deliberata scelta testuale (per cui in nessuna parte della nuova normativa sul *Sachdarlehen* si parla di *Zinsen*, ma si adopera sempre il più generale termine di *Entgelt*) il *Regierungsentwurf* risolve per il mutuo un dibattito che si riproponeva a volte nell'impero della precedente redazione del BGB: stabilire se gli interessi debbano consistere necessariamente in cose eguali a quelle che costituiscono il debito di capitale o possano essere concordati in beni diversi. Per la prima tesi deponava il fatto che, essendo l'interesse una funzione della durata del godimento del capitale altrui, esso non può calcolarsi altro che in percentuale, il che presuppone l'identità della valuta; la seconda opinione faceva leva sull'accessorietà dell'obbligazione degli interessi, che si traduce in una relativa autonomia di questa rispetto all'obbligazione concernete il capitale. Cfr., per tutto, STAUDINGER-HOPT-MÜLBERT § 608, n. 15 (ed. 1988).

⁽⁵⁵⁾ Per quanto sia da notare che la nuova costruzione del mutuo intende l'obbligo alla corresponsione del compenso solo come elemento naturale e non essenziale del contratto, tale da essere derogabile dall'accordo esplicito delle parti, come precisa la relazione al *Regierungsentwurf*: "§ 609 RE sieht in Anlehnung an den geltenden § 608 vor, dass der Darlehensnehmer das Darlehensentgelt spätestens mit Rückerstattung der Sache zu bezahlen hat. Die Vereinbarung legt damit lediglich den spätest möglichen Fälligkeitszeitpunkt für die Zahlung des Entgeltes fest. Die Regelung des § 271 sowie die Möglichkeit anderweitiger Vereinbarungen bleiben unberührt." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu § 609*. BT-Drucksache 14/6040, p. 259, cit.

⁽⁵⁶⁾ "Dabei wird auch das *Sachdarlehen* nunmehr — entsprechend der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur — als beidseitig verpflichtender Konsensualvertrag konstruiert, der den Darlehensgeber zur Überlassung vertretbarer Sachen in der vereinbarten Art und Menge und den Darlehensnehmer zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge und zur Zahlung eines vereinbarten Darlehensentgeltes verpflichtet." *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Vorbemerkung zu § 607 Absatz 1*. BT-Drucksache 14/6040, p. 259, cit.

4. *La crisi del modello romanistico di mutuo come carattere comune delle codificazioni europee.*

Possiamo dunque affermare che gli avvenimenti appena illustrati infrangono repentinamente un forte elemento di unità giuridica dell'Europa continentale, dato dall'omogeneità di disciplina che la struttura romanistica del mutuo assicurava agli ordinamenti codificati, tutti ispirati all'archetipo del contratto reale e unilaterale⁽⁵⁷⁾. Con l'inizio del 2002 tre regimi diversi si dividono il terreno degli ordinamenti giuridici dell'Unione: quello ispirato al modello romanistico, che continua ad avere pieno vigore in Italia e in altri paesi, per cui il mutuo si conclude solo nel momento in cui avviene la consegna delle cose che ne costituiscono l'oggetto e con il contratto si obbliga solo la parte che riceve tali beni, quale che sia la natura di questi; quello opposto, vigente oggi in Germania, per cui il mutuo è un contratto che si conclude con la formazione del consenso delle parti e che esprime pertanto obblighi sia per il mutuatario, tenuto a restituire i beni ricevuti e, inoltre, a pagare un compenso a titolo di remunerazione del prestito, sia per il mutuante, tenuto a consegnare quanto pattuito per la realizzazione del contratto; un terzo sistema, proprio dell'ordinamento francese, per cui il mutuo è un contratto consensuale e obbligatorio per ambedue le parti solo se ha ad oggetto una somma di denaro o altra utilità immediatamente commisurabile in valuta e se la parte concedente è un operatore professionale del credito, mentre sono contratti reali e unilaterali i mutui non pecuniari o, comunque, tutti quelli concessi da un privato.

Le scelte della giurisprudenza francese e della legislazione tedesca non sono tuttavia frutto di improvvisi rivoluzioni dogmatiche⁽⁵⁸⁾, piuttosto gli esiti di un processo lungo quanto la storia stessa delle codificazioni moderne, che potrebbe astrattamente replicarsi anche in altri sistemi giuridici. La vicenda attuale del mutuo, difatti, assiste continuamente alla progressiva perdita di significato nella pratica degli

⁽⁵⁷⁾ Con la sola eccezione dello *Schweizerische Obligationenrecht* del 1881, che all'articolo 312 descrive il mutuo come contratto consensuale: "Durch den Darlehensvertrag wird der Darleiher dem Erborger (Anleiher) zur Übertragung des Eigentumes an den als Darlehen versprochenen vertretbaren Sachen, der Erborger dagegen dem Darleiher verpflichtet, die sachen, welche er von Letzterem als Darlehen erhalten hat, durch Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte zurückzuerstatten". La decisione di sovvertire radicalmente il dogma romanistico — precedentemente riaffermato da tutte le codificazioni cantonali — non dette luogo a particolari dibattiti durante i lavori preparatori né, soprattutto, costituì un precedente apprezzabile per la legislazione, la giurisprudenza o la dottrina di altri paesi. Cfr., da ultimo, B. MAURENBRECHER, *Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht. Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen*, Bern 1995, p. 39-42.

⁽⁵⁸⁾ M.-N. JOBARD-BACHELLIER parla di una portata soprattutto simbolica del principio introdotto dalla Corte di Cassazione nelle sue *Observations* alla sentenza 28 marzo 2000 (*Dalloz* 2001, p. 1615).

affari ⁽⁵⁹⁾ della disciplina di matrice romanistica da un lato, dall'altro alla perdurante incapacità della scienza del diritto di razionalizzare in modo univoco l'intrinseca contraddizione offerta dalla presenza, in ordinamenti ispirati alla più lata possibile valenza del principio consensualista, di modelli contrattuali in cui la volontà delle parti deve necessariamente accompagnarsi, per essere efficace, alla formalità della consegna dei beni che costituiscono l'oggetto contrattuale. Una difficoltà pienamente testimoniata dallo stato attuale della questione nella più recente dottrina italiana, in cui dibattono tesi volte a assicurare una preminenza al principio consensualista, mediante il tentativo di configurare nella fattispecie del mutuo un ruolo autonomo per l'elemento dell'accordo fra le parti, pur in una dimensione minima ⁽⁶⁰⁾ e tesi che, al contrario, ritengono ineludibile il momento della consegna per la ricostruzione della struttura di tale contratto. Posizione, quest'ultima, che si contestualizza in opinioni fra loro assai diverse, talune che negano semplicemente l'esistenza di una contraddizione nel sistema del codice, affermando che la volontà espressa dal legislatore nel dettare la disciplina del mutuo come contratto reale faccia in ogni caso premio sulle

⁽⁵⁹⁾ La progressiva perdita di centralità della disciplina codicistica del mutuo rispetto alla svariata tipologia concreta di contratti di finanziamento è sottolineata da J. KÖNDGEN, "Modernisierung des darlehenrechts: eine Fehlanzeige", cit., p. 468, che evidenzia come la concezione reale di mutuo nel BGB sia un anacronismo che tuttavia abbia finora poco nociuto, essendo rimasti i paragrafi 607 ss. della codificazione del 1900 "lettere morte". In questo senso, per il Codice civile italiano del 1942 anche V. GIUFFRÈ, "Mutuo (storia)", in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano 1977, p. 444 per cui il mutuo reale "benché troneggi nel sistema codificatorio, è il mutuo povero, che si contrae tra amici o dagli strozzini senza molte pretese del quartiere."

⁽⁶⁰⁾ Da ultimo V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989 che individua nell'accordo il momento in cui le parti stabiliscono una disciplina che dovrà valere fra loro se e soltanto se l'una avrà effettuato all'altra la consegna delle cose fungibili che costituiscono l'oggetto del negozio. A giudizio dell'A. non si può risolvere l'antinomia esistente fra l'affermazione del principio consensualista e la necessità della consegna nel contratto reale cercando semplicemente quanto artatamente di espungere tale momento dalla fattispecie costitutiva del contratto. È da notare, al proposito, come il legislatore descriva il mutuo e, in generale, le fattispecie reali dettando una disciplina che coinvolge sempre aspetti successivi alla consegna. Poiché lo stesso legislatore detta discipline generali per la conclusione del contratto nelle quali nulla è detto della consegna, se ne deduce che questa da un lato non fa parte della fattispecie costitutiva, ma dall'altro non può essere neanche disciplinata tra gli effetti del contratto, essendo questi logicamente conseguenti alla consegna. Da qui la tesi di ritenere il mutuo come contratto valido e perfetto sin dal momento dell'accordo che è *vincolante* ma non *obbligatorio*: esso crea un vincolo poiché le parti restano impegnate a quanto da esse dettato, ma produce un'obbligazione solo con l'avvenuta consegna, poiché gli obblighi tipici di questo contratto non comprendono la *datio rei* bensì la presuppongono. La consegna rileva quindi come *concausa di efficacia*: un accordo cui non segua la consegna non è invalido, nullo o imperfetto, ma semplicemente inefficace. Il contratto reale è quindi un contratto che, seguendo la definizione dell'art. 1321, non costituisce né estingue, ma *regola* un rapporto giuridico patrimoniale.

astratte teorizzazioni di principio sulla generale efficacia del nudo consenso ⁽⁶¹⁾. Altre, al contrario, comprendono la fattispecie del mutuo in generale all'interno di una più vasta categoria di contratti che si concludono con l'anticipo della prestazione di una parte, tipologia che il disegno del Codice intende come alternativa a quella dei contratti che si concludono con il consenso ⁽⁶²⁾. In generale, la concezione romanistica del mutuo come contratto reale è prevalente nella dottrina italiana ⁽⁶³⁾, assolutamente pacifica in giurisprudenza ⁽⁶⁴⁾ e, possiamo dire,

⁽⁶¹⁾ Così F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Trattato di Diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 1999, per cui la realtà del mutuo va analizzata come semplice frutto della prescrizione del legislatore che avrebbe ben potuto disciplinare un mutuo consensuale, come fece ad esempio il legislatore svizzero, e non lo ha fatto (p. 21). La realtà del mutuo si risolve, a giudizio del LUMINOSO (*"I contratti tipici e atipici. I. Contratti di alienazione, di godimento, di credito"* in *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, p. 683) nella libertà del mutuante di assumere il vincolo, malgrado sia intervenuto un accordo che, una volta disatteso, non porterà eventualmente ad altro che ad una condanna al risarcimento del danno. Una libertà che il legislatore ha consapevolmente voluto attribuire al mutuante, per come risulta palese dall'andamento dei lavori preparatori.

⁽⁶²⁾ D. CENNI, *La formazione del contratto tra realtà e consensualità*, Padova 1998.

⁽⁶³⁾ Cfr. anche P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 5 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova 1953, p. 187 ss.; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del Codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, p. 244 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano 1958, t. I., p. 395; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2^a ed. Milano 1948, vol. II, p. 146.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. da ultimo Cass. 21 febbraio 2001 n. 2483, che ribadisce l'orientamento estremamente consolidato per cui il mutuo, in quanto contratto essenzialmente reale si perfeziona solo con la *datio rei* che si realizza tutte le volte in cui il mutuatario acquista un titolo autonomo di disponibilità sulle cose che ne costituiscono oggetto. Sulla base di questo principio la Corte di Cassazione ha sempre ritenuto concluso il mutuo una volta che la somma sia stata accreditata su conto corrente bancario intestato al mutuatario, anche se questi non ne abbia effettivamente usato. In virtù di questo principio, l'accordo consensuale intervenuto fra le parti del mutuo mediante il quale il mutuatario autorizza il mutuante a trattenere la somma presso di sé è stato ritenuto dalla Corte, in una precedente sentenza (12 ottobre 1992, n. 11116, in *I contratti*, 1993, p. 49, con nota di CAPRA; *Banca, borsa, tit. cred.* 1994, II, p. 21; *Corriere giuridico*, 1992 p. 1329 con nota di V. CARBONE; *Vita Notarile*, 1994, p. 662 con nota di A. JARACH), comportante l'effetto di procrastinare il momento perfettivo del contratto, poiché la somma mutuata non poteva ancora essere oggetto unilaterale di disposizione giuridica da parte del mutuatario, dovendosi ancora richiedere la collaborazione dell'istituto di credito mutuante. Al contrario, ove la permanenza della somma presso il mutuante sia stata effetto di un atto di disposizione autonomo del mutuatario, lì si presuppone l'avvenuta consegna simbolica, come nel caso, deciso in tal senso da Cass. 15 luglio 1994 n. 6686, in cui la somma mutuata sia stata contestualmente costituita in pegno a favore del mutuante a garanzia di una fidejussione da questi prestata a favore del mutuatario per l'erogazione di un finanziamento in valuta estera da parte di un terzo istituto di credito. In questo caso, a giudizio della Cassazione, la somma non è mai entrata nella disponibilità materiale del mutuatario, ma è comunque uscita dalla disponibilità del mutuante ed entrata nel patrimonio del mutuatario.

non scalfita dall'opera del legislatore ⁽⁶⁵⁾. Una circostanza che si inserisce perfettamente nelle linee di evoluzione della storia moderna del mutuo, una vicenda caratterizzata dal contrasto fra due argomenti antinomici: l'"arcaicità" della concezione reale del mutuo romanistico, propria di sistemi giuridici improntati ad un rigido formalismo, intollerabile in ordinamenti che, come quelli attuali, sono al contrario ispirati al più ampio riconoscimento dell'autonomia contrattuale e pertanto al principio per cui il consenso validamente espresso è sufficiente a produrre ogni effetto giuridico fra le parti ⁽⁶⁶⁾; l'impossibilità di configurare razionalmente un modello di mutuo non centrato sulla necessità della consegna, che appartiene alla imprescindibile struttura di un negozio fondato sull'obbligo di restituire quanto appreso ⁽⁶⁷⁾. Un destino ineluttabile, quello della realtà come caratteristica essenziale del mutuo, ben testimoniato dalla lunga e lineare storia di questo istituto, che sembra aver preservato il contratto romanistico dalle discontinuità definitorie che invece hanno afflitto tutte le altre tipologie nel passaggio da quell'esperienza giuridica al diritto attuale. Il mutuo, difatti, come e più degli altri contratti tradizionalmente definiti reali, appare *prima facie* essere approdato indenne alle sponde della modernità: una monade che non si pone in relazione con il vorticoso mutare delle forme giuridiche ma che, al contrario, rimane eguale a sé stessa nei secoli poiché l'assetto consegnatoci dal diritto romano è, in realtà, l'unico logicamente possibile.

Un assunto che riaffiora nei lavori preparatori di tutte le principali codificazioni civili europee ⁽⁶⁸⁾, pur se realizzate in epoche assai diverse, risultando sempre prevalente sull'affermazione del principio generale in

⁽⁶⁵⁾ Almeno non quando si è dovuto adeguare il nostro ordinamento alla normativa comunitaria sul credito al consumo. Diverso il fenomeno dato dalla disciplina dei crediti speciali, che fonda la tipologia del c.d. mutuo di scopo, pacificamente ritenuto un contratto consensuale dalla dottrina (cfr. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Profili generali*, Padova 1985, p. 212 ss.; L. NIVARRA, "Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale", in *Foro italiano*, 1982, I, p. 1688-1689 e ora in L. NIVARRA; G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, p. 428) in cui oggi si tende a comprendere tutte le varie figure di contratto aventi ad oggetto la concessione di un finanziamento la cui utilizzazione sia vincolata a precisi termini dettati dal mutuante. Per l'evoluzione di questo strumento dottrinale cfr. M. RISPOLI FARINA, "Mutuo di scopo", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XI, p. 558 ss.

⁽⁶⁶⁾ Fra le molte notazioni a tale riguardo cfr. R. TETI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. RESCIGNO*, vol. 12, p. 647, Torino 1985; R. SACCO, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, nello stesso *Trattato*, vol. 10 p. 342, Torino 1982 e in "Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato", in *Banca, borsa, tit. cred.* 1971, I, p. 525-526 e 541 ss.

⁽⁶⁷⁾ Dando luogo alla categoria dei c.d. contratti "restitutori" cfr. da ultimo L. NIVARRA; G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, cit.

⁽⁶⁸⁾ Tranne il caso, già ricordato *supra*, dello *Schweizerische Obligationenrecht*, la cui costruzione del mutuo consensuale non fu comunque indenne da critiche rifacentisi comunque al principio dell'ineluttabilità logica della consegna come momento conclu-

tema di contratti. La tradizione definitoria del mutuo romano esprime così tutto il suo peso nella disciplina del *Code Napoleon*, che procede dall'unitarietà del concetto generale di *prêt* dal quale l'art. 1874 individua tre contratti specifici, sul criterio dato dalla natura dell'oggetto contrattuale e dall'onerosità del negozio per il ricevente: il *prêt à usage*, avente ad oggetto una cosa infungibile e, per distinguersi dalla locazione, essenzialmente gratuito; il *prêt de consommation*, gratuito ma interveniente su cose consumabili; il *prêt à intérêt*, in cui le parti stipulano, con una separata dichiarazione, la corresponsione di un interesse per il mutuante. La conclusione reale di questi contratti non è mai messa in dubbio durante l'opera di elaborazione del *Code*; l'unico dibattito, subito risolto, riguarda l'unilateralità del contratto, caposaldo della costruzione romanistica messo in pericolo, secondo alcuni, dalla previsione di una sezione dedicata alle obbligazioni del mutuante ⁽⁶⁹⁾.

Più esemplificativo il caso tedesco. La prima commissione per la preparazione del progetto di codice civile, rifacendosi largamente per la parte relativa al diritto delle obbligazioni al *Dresdener Entwurf* del 1865 ⁽⁷⁰⁾, era giunta a definire il *Darlehen* come contratto obbligatorio per entrambe le parti fin dal momento di conclusione dell'accordo, come conseguenza del consapevole rifiuto di mantenere in vigore la distinzione propria del diritto romano tra contratti reali e consensuali ⁽⁷¹⁾. Il principio dell'immediata efficacia del semplice consenso

sivo del contratto. Cfr. F. EISELE, "Über Realcontracte, mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht", in *ZSR*, 1884, p. 36.

⁽⁶⁹⁾ Il titolo relativo al *prêt* venne presentato e discusso dinanzi al Consiglio di Stato il 28 gennaio 1804. Il dibattito concernette il merito dell'articolo 25 del progetto presentato (il definitivo articolo 1898 del *Code civil*) che espone il mutuante alla responsabilità per i danni che possano derivare al mutuatario dai difetti della cosa prestata. Il consigliere REGNAUD DE SAINT JEAN D'ANGELY mise in dubbio la liceità di dedicare l'intitolazione della sezione alle obbligazioni del mutuante, poiché il mutuo, secondo POTHIER, non impone obblighi che al mutuatario. TRONCHET replicò che il mutuo imponeva naturalmente delle obbligazioni anche al mutuante, fra cui quella, consustanziale al tipo romano e disciplinata dall'art. 1899, di non reclamare le cose mutate prima della scadenza del prestito. CAMBACÈRES sostenne che, seppure il contratto di mutuo, seguendo POTHIER, sia sicuramente unilaterale, tuttavia esso va eseguito secondo buona fede, il che impone anche al mutuante dei doveri. Cfr. LOCÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles 1836, t. VII, p. 269. Di tale dibattito riferisce anche F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles 1877, t. 26, tit. XI, cap. III, 4485, p. 497-498.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, p. 179. La "bozza di Dresda" ispirò anche la redazione del Codice svizzero delle obbligazioni.

⁽⁷¹⁾ "Der Entwurf faßt das Darlehn, in Konsequenz der schon in den Motiven zum allgemeinen Theile des Obligationenrechtsentwurfes dargelegten Ansicht, daß kein Grund vorliege, die römische Unterscheidung zwischen Konsensual- und Realcontracten für das heutige Recht festzuhalten, als Konsensualvertrag aus." *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, hrsg. von W. SCHUBERT, 2. teil, p. 519 (*Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, tit. 2, I. Darlehn, § 97*).

deve valere anche per questo tipo contrattuale, senza necessità di ricorrere al *quid pluris* rappresentato dalla consegna ⁽⁷²⁾ e senza bisogno di alcuna altra formalità che si sostituisca a questa ⁽⁷³⁾. Tale concezione non fu sottoscritta dal progetto della seconda commissione, che divenne il testo definitivo del BGB ⁽⁷⁴⁾. Il progetto riconosceva come nella teoria giuridica fosse ormai pacificamente affermata la supremazia del principio consensualista, per cui i contratti reali non avrebbero più avuto ragion d'essere. Occorreva sottolineare, tuttavia, come il mutuo presentasse pur sempre molte differenze rispetto ai contratti tradizionalmente definiti come consensuali, tali da portare, una volta ricostruito il negozio astraendo dalla consegna, a degli esiti illogici e ingiusti per le parti ⁽⁷⁵⁾. Se il mutuo si conclude con il semplice accordo, ad esempio, il mutuatario potrebbe essere condannato ad adempiere alla propria

(72) Per diritto romano — continua la relazione al progetto della prima commissione, che, come è noto, vedeva la presenza attiva di WINDSCHEID — il semplice accordo con cui un soggetto si impegna a dare ad un altro una somma di denaro a titolo di mutuo vale come contratto preliminare nei confronti del contratto vero e proprio, che si realizzerà solo ed esclusivamente con la consegna della cosa fungibile. Nel diritto attuale, al contrario, la volontà delle parti è obbligatoria nel momento in cui è conosciuta da entrambe. È così che il primo progetto, con la sua concezione consensuale del mutuo "...bedarf es solcher Untercheidung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag nicht. es sind daher in dem Entwurfe beide Verträge in Einen zusammengefaßt und erfolgt demzufolge die Hingabe des Darlehensgegenstandes an den Anleiher nicht *contrahendi*, sondern *solvendi causa*." *Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission*, loc. cit.

(73) "Nachdem der Entwurf den Formzwang als Regel ausgeschlossen und das Prinzip der freien Vertragsform adoptirt hat, fehlt es beim Darlehensvertrag an jedem Grunde, eine Ausnahme hiervon zu machen, wie denn auch keine der auf demselben Prinzip beruhenden Gesetzgebungen und Entwürfe eine solche Ausnahme gemacht hat und die Formvorschriften des preußischen Landrechts lediglich Folge des abweichenden Prinzips sind." *Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission*, cit., *Formfreiheit des Darlehensvertrages*, p. 528.

(74) La seconda commissione vedeva il fondamentale apporto di R. SOHM; essa presentò il secondo progetto nel 1895, che, con le poche modifiche apportate dal Consiglio federale, venne poi presentato come terzo progetto alla Dieta del Reich, per essere definitivamente approvato, come è noto, il 18 agosto 1896 e destinato ad entrare in vigore il 1 gennaio 1900. Cfr. ancora F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., p. 182.

(75) "In der Theorie herrscht Streit, ob für das moderne Recht an der römischrechtlichen Unterscheidung zwischen Konsensual- und Realkontrakten festzuhalten sei. Nicht wenige verwerfen diese Unterscheidung für das heutige Recht, wonach alle Realverträge zu Konsensualverträgen geworden seien. Insbesondere auch für den Darlehensvertrag wird dies behauptet. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung aus der Verbindlichkeit des Vertrages folgt, welcher dem Geben und Nehmen des Darlehens oft vorausgeht. Unleugbar bleibt, daß der Darlehensvertrag sich von den Verträgen, welche man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen gewohnt war (z.B. von Kauf und Miethe) immer in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet." *Motive zu § 453 G. 607, Darlehen*, in B. MUGDAN (hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Berlin 1899 (r.a. Aalen 1979), p. 169-170.

obbligazione prima di aver ricevuto la quantità di cose fungibili, che di quella costituisce il titolo ⁽⁷⁶⁾. Non si tratta quindi, a giudizio del progetto definitivo, di affermare o negare la validità del principio consensualista, quanto piuttosto di trovare una formulazione dell'istituto per cui il mutuatario, l'unica parte che assuma effettivamente degli obblighi, sia vincolato solo se riceve effettivamente le cose mutate ⁽⁷⁷⁾. Il timore di produrre mostruosità dogmatiche, abbandonando il sicuro terreno della tradizione per avventurarsi in sperimentazioni concettuali, frena pertanto la validità del postulato generale dell'obbligatorietà del consenso, che non viene visto nella sua valenza ideologica di concetto derivato dal principio di autonomia dei privati, bensì come semplice regola tecnica di conclusione del contratto, pertanto pienamente sostituibile con altre modalità.

Lo stesso fenomeno caratterizza le vicende che portano all'elaborazione del Codice civile italiano del 1942. Il Progetto della Commissione Reale del 1936 prevedeva difatti due tipi di mutuo, l'uno reale, l'altro obbligatorio. Una costruzione che tentava di portare nella legislazione molta parte della realtà dei traffici giuridici, per cui il prestito di denaro conseguiva spesso ad operazioni complesse, non riducibili al semplice schema romanistico basato sulla consegna *brevi manu* di valuta o derrate ⁽⁷⁸⁾, ma che, allo stesso tempo, non osava sovvertire del tutto

⁽⁷⁶⁾ "Würde die Natur des Darlehensvertrages als eines Konsensualvertrages hervorgehoben [...] so träten jene Verschiedenheiten dergestalt in der Hintergrund, daß unrichtige Folgerungen kaum ausbleiben könnten. Dies könnte besonders, ohne entsprechende Detailvorschriften, in der Praxis zu einer unrichtigen Beurtheilung der Vorverhandlungen, außerdem aber zu unrichtigen Folgerungen in der Richtung verleiten, es dürfe aus dem Vertrage, der der Darleihung vorausgegangen, auf Zurückerstattung geklagt werden, ohne daß die Behauptung der Darleihung nöthig sei, welche Behauptung erst nachgeholt zu werden brauche, wenn die *exceptio non impleti contractus* erhoben werde." *Motive zu § 453 G. 607, Darlehen*, cit., p. 170.

⁽⁷⁷⁾ "Es besteht aber auch kein Bedürfnis in Erledigung des wissenschaftlichen Streites den Darlehensvertrag als einen gewöhnlichen Konsensualvertrag zu bezeichnen. Es ist vielmehr eine Fassung zu wählen, welche zum Ausdruck bringt, daß die Erstattungspflicht nothwendig den vorherigen Empfang des Darlehens voraussetzt. Nur der Darlehensempfänger ist zur Rückerstattung verpflichtet" *Motive*, loc. ult. cit.

⁽⁷⁸⁾ "Nella definizione si è menzionato così il caso di mutuo reale, perfezionato, cioè, nel senso romano mediante la trasmissione in proprietà dei *nummi*, come quello di mutuo semplicemente obbligatorio, che sarebbe nel senso romanistico un semplice *pactum de mutuo contrahendo*, ma nella pratica moderna è divenuto frequentissimo, specie nei casi di mutuo ipotecario in cui la dazione del denaro non si effettua prima che sia iscritta l'ipoteca e nasce tuttavia un rapporto contrattuale per effetto del quale l'uno, il mutuante, è tenuto a dare le cose promesse, l'altro a restituirle quando le avrà ricevute. Questa seconda figura di contratto non avrebbe potuto trascurarsi nella revisione del codice per la sua grande frequenza in pratica (esempio l'apertura di credito in conto corrente) e perché, appunto in considerazione di tale frequenza, occorreva anche regolare il caso previsto ora dall'art. 631 di mutamenti radicali sopravvenuti, dopo l'accordo, nelle condizioni economiche del mutuatario." *Relazione della Commissione Reale al progetto del libro "Obbligazioni e contratti"*, Roma, 1936, p. 61, citato da G.

il modello tradizionale, sostituendo radicalmente il mutuo reale con quello consensuale ⁽⁷⁹⁾. Fu il Progetto ministeriale a compiere questa scelta, descrivendo il mutuo esclusivamente nel suo tipo obbligatorio e superando così del tutto la concezione reale. L'argomento principale a favore di questa soluzione era costituito dalla incertezza di confini tra la promessa di mutuo e il contratto definitivo, pieno ed efficace su base consensuale, che sarebbe risultata dalla costruzione ibrida del progetto del 1936 ⁽⁸⁰⁾. L'ascesa del mutuo consensuale alla gloria del Codice viene però subitaneamente frenata dalla Commissione delle Assemblee Legislative che propende per ritornare senza indugio alla definizione del mutuo come contratto reale propria del Codice del 1865 ⁽⁸¹⁾; l'unica conseguenza del dibattito precedente è la previsione nell'articolo 1822

PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, p. 513.

⁽⁷⁹⁾ "Il codice svizzero, art. 312, ha preso in considerazione questo solo tipo di contratto per la definizione del mutuo, come contratto bilaterale consensuale. La Commissione non ha creduto di potersi spingere tanto oltre; ma, non ostante la spiegabile ripugnanza di alcuni al mutamento di un concetto tradizionale quale è il contratto reale del diritto romano, ha prevalso il concetto di tener conto nella definizione (art. 626) dell'uno e dell'altro tipo di mutuo, quello puro del diritto romano *qui re contrahitur*, e quest'altro meno puro della pratica moderna per cui si parla di mutuo già concluso quando le parti sono d'accordo sulla somma da prestare, sugli interessi, sulle garanzie, sul tempo e sul modo della restituzione, ancorché il versamento effettivo del denaro non sia ancora avvenuto." *Relazione della Commissione Reale*, loc. cit., p. 514.

⁽⁸⁰⁾ "Il progetto del 1936, nel dare la definizione di questo contratto, ha unificato sotto la specie del mutuo non soltanto la sua figura tradizionale a carattere reale, ma anche quella meno pura, semplicemente obbligatoria (promessa di mutuo), che la pratica moderna considera essa stessa mutuo. Da un punto di vista strettamente giuridico non mi è parsa accettabile questa posizione, dalla quale avrebbe potuto sorgere il dubbio che si fosse voluto dare alla promessa di contratto la medesima efficacia del contratto. È vero, però che nella pratica d'oggi il mutuo si ritiene già concluso quando le parti sono d'accordo sulla somma da prestare, sugli interessi, sulle garanzie, sul tempo e sul modo della restituzione. Ma la necessità di tener conto della realtà della vita giuridica avrebbe potuto soltanto convincere a superare l'ostacolo della tradizione ed a escludere nel mutuo il carattere reale costruendolo sotto il tipo della consensualità. Ho perciò definito il mutuo come contratto meramente obbligatorio, in modo che è rimasta esclusa ogni possibilità di riferimento legislativo ad una promessa di mutuo." *Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, Libro delle obbligazioni*, n. 537, in MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-1941)*, Roma, 1942, citato da G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, cit., p. 514.

⁽⁸¹⁾ Con una discussione che, ristretta negli angusti limiti del verbale, assume quasi le caratteristiche di una commedia surreale. Il relatore BACCI, difatti, espone puntualmente le linee del Progetto Ministeriale, ripercorrendo le tappe del dibattito sin dall'elaborato della Commissione Reale del 1936. Propone quindi una formulazione dell'articolo che recependo, con lievissime modifiche, quella del Progetto Ministeriale, costruisce il mutuo nel solo tipo consensuale ed obbligatorio. Alle sbrigative contestazioni della presidenza della Commissione, sul perché ci si sia voluti discostare dal sistema del codice precedente, "che non ha mai dato luogo a dubbio", il relatore si dice subito

della figura della *promessa di mutuo*, negozio obbligatorio che impegna il promittente a concedere in mutuo la cosa pattuita, a meno che le condizioni del futuro mutuatario non siano, nel frattempo, mutate in peggio⁽⁸²⁾. L'affermazione del dogma del consenso, caratteristica principale delle codificazioni moderne, non riesce quindi a battere in breccia la concezione tradizionale del mutuo reale. I reiterati assalti, in Germania come in Italia, si scontrano con il timore di dar vita, animando la figura del mutuo consensuale, ad una serie non prevedibile di distorsioni destinate a migrare dal sistema del codice alla vita concreta dei fatti economici. Il fallimento degli sforzi di ridefinizione del mutuo porta a valutare criticamente la bontà dell'assunto di partenza, la salvaguardia in ogni disciplina contrattuale del principio consensualista. È così che, quasi a tornare al punto di partenza del nostro sommario percorso, la Commissione formata in Francia per la riforma del *Code civil* pochi anni dopo l'emanazione della codificazione italiana scartava a priori ogni questione circa la ricostruzione del mutuo come contratto consensuale, non giudicando più tale argomento come un problema vero, di cui discutere utilmente⁽⁸³⁾.

5. *Modello romanistico e principio consensuale. Le certezze dell'Exégèse e il dibattito nella Pandettistica.*

Il percorso delle codificazioni, quale è stato sinora sommariamente descritto, è speculare nella più gran parte a quello seguito dalla scienza giuridica, pienamente conseguente alle difficoltà da questa patite nella

d'accordo, proponendo immediatamente la nozione di mutuo reale che possiamo leggere nell'attuale art. 1813 del Codice civile.

⁽⁸²⁾ Così la *Relazione al Re*: "Anche il nuovo codice considera la tradizionale caratteristica della consegna della cosa mutuata quale requisito di perfezione del mutuo. Peraltro ha pure contemplato il patto *de mutuo contrabendo* per applicarvi il principio consacrato nell'art. 300 (art. 1461) secondo il quale il mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente obbligato a controprestare o a restituire, autorizza l'altro contraente a sospendere o a rifiutare la prestazione da lui dovuta." Cfr. G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLO, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile. Libro delle obbligazioni*, cit., p. 515.

⁽⁸³⁾ Come ricorda M.-N. JOBARD-BACHELLIER, "*Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*" in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, p. 3, i sostenitori della tesi che voleva i contratti reali ridotti ormai a mero anacronismo si sono trovati esposti all'accusa di sostenere, a loro volta, delle posizioni anacronistiche. In questo senso JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, di cui meritano di essere riportate le parole (*Travaux de la Commission de réforme du code civil*, 1947-48, p. 282 ss., ma citate dall'articolo): "Je ne vois pas pourquoi l'on abandonnerait, pour des raisons philosophiques qui me paraissent douteuses, une tradition très ancienne avec laquelle on a vécu et qui n'a pas d'inconvenient. Je considère votre théorie antiréaliste comme démodée: elle date de 1900, de l'époque de l'individualisme." Gli argomenti che portavano Julliot de la Morandière a identificare nella conclusione reale del mutuo una tensione anti-individualista rimangono avvolti dal mistero.

ricostruzione di una fattispecie di mutuo astratta dal momento della consegna. Una necessità, quella di definire tale contratto nell'imperio del principio consensualista che del resto non fu unanimemente avvertita. L'esegesi francese, difatti, ha sempre sposato la causa del mutuo reale, giudicato come l'unico modo possibile di configurare il negozio, stante anche l'insegnamento di Pothier. La consegna è, in questo senso, un elemento essenziale e imprescindibile della fattispecie, che consegue dalle insopprimibili qualità che l'oggetto deve avere perché possa parlarsi di mutuo, ossia la consumabilità. Da tale caratteristica deriva che, in tale contratto, è indispensabile che la cosa passi nella proprietà del ricevente, effetto che non può realizzarsi altro che con la consegna⁽⁸⁴⁾. Il consenso delle parti deve pertanto intervenire su tutti gli aspetti del negozio: l'individuazione delle cose fungibili oggetto del prestito; il fatto che ne venga trasferita la proprietà; l'obbligo del ricevente a restituirne altrettante eguali in specie a quelle ottenute; la consegna delle cose, che non può essere esclusa dall'accordo fra le parti poiché appartiene, al pari di questo, alla fattispecie genetica del contratto, non alla fase della sua attuazione. Un insegnamento classico che, secondo la parte assolutamente maggioritaria della dottrina francese, si invera pienamente nel dettato degli articoli 1892 e 1893 del *Code civil*. A nulla vale richiamarsi alla disposizione dell'articolo 1138, per cui la promessa di consegnare la cosa è vincolante sin dal momento in cui su di essa si è stretto l'accordo fra le parti. Il principio della efficacia reale del puro consenso, vero momento di novità della codificazione napoleonica, non può valere per il mutuo⁽⁸⁵⁾. Esso presuppone già formato il contratto con cui una parte si obbliga a trasferire all'altra la proprietà di una cosa, il che può ovviamente avvenire solo con riguardo a quelle fattispecie che si concludono con il solo consenso, non certo per quelle per cui si richiede un momento ulteriore, quello della consegna dell'oggetto contrattuale⁽⁸⁶⁾. La prescrizione formale del *Code* concorda con i dati elementari della minima razionalità giuridica, per come risulta evidente comparando il mutuo alla compravendita. In questa il trasferimento della proprietà del bene realizza lo scopo del contratto, lecito quindi pensare che esso si possa verificare sulla scorta del semplice accordo fra le parti; nel mutuo, al contrario, la *translatio domini* è il mezzo per realizzare il fine contrattuale, l'uso della cosa, che implica necessariamente la sua consegna⁽⁸⁷⁾. La realtà è dunque caratteristica innata del mutuo, che il legislatore, anche volendo, non avrebbe mai potuto cambiare, per come nessuno può cambiare la natura delle cose; la promessa di mutuo non può quindi avere lo stesso valore del

(84) R.-J. POTHIER, *Traité du contrat du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport*, in Id. *Oeuvres*, Bruxelles 1830, t. III, p. 28-29.

(85) In questo senso, DUVERGIER, *Traité du prêt*, 1843, p. 176 ss.

(86) Così F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., p. 498-499.

(87) F. LAURENT, cit., p. 500.

contratto definitivo e pertanto il suo inadempimento può comportare soltanto una condanna al risarcimento del danno.

Dinanzi a tale quadro, il prospettarsi stesso di un problema circa la necessità della consegna nel mutuo era questione tale da destare meraviglia in autori come il LAURENT, uno sbalordimento peraltro speculare a quello provato da altri autori nel considerare la sopravvivenza della categoria dei contratti reali. In Germania, difatti, la *merkwürdige Frage* che si poneva la dottrina pandettistica era di segno opposto a quella del giurista francese: possono ancora esistere contratti reali in un sistema che rifiuta di apporre formalità all'esplicarsi del libero consenso ⁽⁸⁸⁾? Una domanda che era tornata d'attualità con le tesi del BRINZ ⁽⁸⁹⁾, il quale tendeva a conservare uno spazio nel sistema per i contratti reali apparentandone la struttura a quella dei contratti conclusi mediante la prestazione anticipata dell'obbligazione di una parte. Brinz procedeva da una base pienamente romanistica, la distinzione fra contratti reali nominati (le classiche fattispecie unilaterali del mutuo, deposito, comodato, pegno) e innominati (i contratti bilaterali del tipo *do ut des*, ad esempio, in cui l'avvenuta prestazione della consegna di una cosa vincola l'altra ad adempiere a sua volta), per affermare che in entrambe le tipologie il vincolo contrattuale era costituito dall'unione della *datio* o della *traditio rei* con una condizione dettata dalla parte che effettua la rimessa della cosa. L'accettazione che la parte che riceve il bene fa di tale condizione forma un accordo obbligatorio che, in combinazione col negozio reale della consegna, costituisce il contratto complessivo. Per Brinz l'oggetto del contratto reale non è la cosa nella sua materialità, bensì un diritto esistente su di essa, il suo possesso o la sua detenzione: da ciò consegue che la consegna del bene non costituisce né la forma del contratto reale, né il mezzo attraverso cui realizzare lo scopo del negozio. Essa rappresenta piuttosto la parte fondante dell'unità del contratto, sia in senso oggettivo che in senso soggettivo.

Sul primo profilo la consegna rileva come causa del diritto di credito risultante dal contratto: in mancanza dell'elemento reale tale vincolo potrebbe risultare solo dall'applicazione di una particolare forma al negozio. Sotto il secondo aspetto, la consegna rappresenta il motivo che determina e nello stesso tempo giustifica il fatto stesso dell'obbligarsi da parte del ricevente ⁽⁹⁰⁾, ed è questo il carattere che più

⁽⁸⁸⁾ Cfr. DEMELIUS, "Realkontrakte im heutigen Recht", in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 3, 1859, p. 399. e UNGER, in un omonimo saggio pubblicato nella medesima rivista, Bd. 8, 1866, pag. 1.

⁽⁸⁹⁾ *Lehrbuch des Pandekten*, 2^a ed., Erlangen 1879 (1^a 1843) III, 2. teil, § 248, p. 134 ss. Cfr. anche *Kritische Blätter* I, p. 19-34.

⁽⁹⁰⁾ Il contratto di deposito non si costituirebbe, ad esempio, ove alla consegna della cosa non si accompagnasse l'indicazione implicita o esplicita del motivo per cui viene effettuata. A. BRINZ, *Lehrbuch des Pandekten*, cit., p. 135 nota 9.

legittima il perdurare di una validità logica e sistematica ai contratti reali, fattispecie in cui il consenso non è certo escluso, ma rileva come *modus*, come fattore di delimitazione e oggettivazione del significato della prestazione spontanea ⁽⁹¹⁾.

L'analisi strutturale del Brinz si basava pertanto sull'imprescindibile assunto che vuole il consenso nei contratti reali assurgere al ruolo di *lex dationis*, di momento di contestualizzazione del significato da dare ad un atto, la consegna, in sé ambiguo. Su questo punto si esercitò la critica del DEMELIUS ⁽⁹²⁾, per il quale, in accordo al dogma della volontà, non si può vedere nel consenso delle parti un elemento postergato rispetto al dato della consegna che, quindi, lungi dall'essere un elemento costitutivo, rileva *solutionis causa*, rappresenta cioè l'oggetto di un obbligo che il mutuante assume con lo stesso contratto. La nozione di contratto reale non può essere definita, come fatto dal Brinz, sulla circostanza che detti negozi prendono inizio dalla consegna: se così fosse anche talune ipotesi di compravendita potrebbero essere definite come contratti reali. L'assurdità del caso mostra come sia impossibile configurare nella consegna un fatto giuridico che sia all'un tempo elemento costitutivo di un contratto e oggetto dell'obbligazione da questo risultante. Dovendosi scartare che la dazione della cosa possa essere parte della fattispecie genetica, tesi manifestamente in contrasto con i principi del moderno diritto dei contratti, non resta che costruirla come oggetto dell'adempimento di un obbligo contrattuale. La peculiarità che i contratti tradizionalmente definiti come reali manifestano rispetto a negozi come la compravendita o la locazione è data dal fatto che in essi la consegna della cosa oggetto del contratto non consegue ad una manifestazione di volontà precedentemente assunta, necessariamente distinta dal punto di vista temporale. I due momenti sono, al contrario, inevitabilmente contemporanei, poiché la consegna è quasi la forma della dichiarazione contrattuale, il mezzo con cui si forma il consenso delle parti ⁽⁹³⁾. Chi dà una somma a mutuo realizza una dichiarazione univoca perché fondata sulla presupposizione che quella somma non è dovuta al ricevente per altro titolo. La consegna della cosa è comunque sempre da intendersi fatta *solvendi causa*, altrimenti ogni contratto consensuale potrebbe facilmente essere mutato in un corrispondente contratto reale. Nella concezione del Demelius, pertanto, tutti i contratti partecipano della medesima natura, concludendosi nel momento in cui si forma il consenso e imponendo la consegna di una cosa come effetto del compimento di questa fattispecie costitutiva. I contratti reali conservano tuttavia la propria specificità, poiché in essi la consegna della cosa, pur effettuata *solvendi causa*, è comunque ele-

⁽⁹¹⁾ I contratti reali rappresentano a giudizio del BRINZ gli unici esempi di negozio complesso. Cfr. *Lehrbuch des Pandekten*, cit., p. 136 nota 10.

⁽⁹²⁾ "Realkontrakte im heutigen Recht", cit.

⁽⁹³⁾ "Realkontrakte im heutigen Recht", cit., p. 403.

mento necessario per la costituzione dell'obbligo del ricevente alla restituzione, talché prima della consegna possiamo avere solo un *pactum de mutuo dando*, non un contratto di pieno diritto, come avviene invece per le fattispecie consensuali. La ragione di questa tradizionale distinzione si sposta quindi dal profilo genetico a quello funzionale del negozio, conseguendo alla unilateralità del contratto, al suo produrre obblighi, una volta perfezionato, solo per il ricevente ⁽⁹⁴⁾. In questi contratti la consegna è condizione di esistenza dell'obbligo alla restituzione: se il mutuatario, al pari del depositario o del comodatario, fosse vincolato *absque dationem* questi si obbligherebbe in realtà ad un nulla, a restituire ciò che non ha mai appreso.

La *datio rei* costituisce quindi il fondamento dell'obbligazione nei contratti unilaterali: tale tuttavia non è il mutuo ad interesse, che è un contratto a prestazioni corrispettive. Il diritto romano non intendeva diversa l'ipotesi onerosa da quella gratuita, poiché procedeva dal principio di non obbligatorietà del patto nudo; affermatosi il principio opposto, queste due fattispecie debbono avere diversa sistemazione ⁽⁹⁵⁾. Il principio consensualista comporta difatti, se non la esclusione, quanto meno la rilettura della categoria dei contratti reali, una nuova considerazione dei criteri che portano un negozio in questa classe. La vischiosità della tradizione romanistica è tale da porre spesso in secondo piano l'esigenza di una indagine sistematica sulle ragioni che presiedono alla realtà di taluni contratti rispetto ad altri. È così che, a giudizio dell'UNGER, assai spesso la qualifica di contratto reale viene attribuita ad un negozio più per istinto che per via di applicazione di un principio ⁽⁹⁶⁾. Per questo autore, ogni analisi circa la struttura del contratto reale deve procedere da un eguale studio concernente le ragioni che determinano tale configurazione negoziale. Nel contratto reale l'obbligazione si forma solo grazie alla consegna, fatta con l'intenzione di obbligarci; la *datio rei* non può quindi essere ricostruita come oggetto di

⁽⁹⁴⁾ La consegna di una cosa è, per sua natura, atto equivoco: se essa avviene affinché, ad esempio, l'oggetto venga riparato, il contratto che ne risulta sarà consensuale, nel tipo della locazione; se la cosa viene prestata perché sia sottoposta da parte del ricevente ad una gratuita custodia, si costituirà il contratto reale di deposito. In quest'ultimo caso la consegna realizza il presupposto per l'obbligo caratterizzante il tipo contrattuale, nel precedente solo un obbligo accessorio a quello che fonda il negozio, quello di prestare la propria opera. "*Realkontrakte im heutigen Recht*", cit., p. 406.

⁽⁹⁵⁾ Una conferma, secondo DEMELIUS, che la consegna non rileva *contrabendi causa*, bensì come obbligo contrattuale. La consegna quindi non assume lo stesso ruolo nel mutuo gratuito e nel mutuo oneroso. Nel primo caso essa è necessaria per costituire l'obbligo restitutorio del mutuatario, nel secondo essa corrisponde anche ad un interesse del mutuante, quello di ottenere il profitto dell'interesse (loc. cit., p. 408).

⁽⁹⁶⁾ "...man statuiert oder verwirft bald diesen bald jenen Vertrag als Realcontract mehr instintmäßig und in traditioneller Weise als mit Bewußtsein und aus einem leitenden Princip heraus". "*Realkontrakte im heutigen Recht*", in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 8, 1866, cit., p. 2.

un obbligo derivante dallo stesso contratto che si costituisce per suo tramite. Non vi è bisogno di ricorrere a queste costruzioni per salvaguardare il ruolo del consenso, in tali fattispecie: esso ha la stessa valenza che nei contratti consensuali, ma si realizza necessariamente attraverso la consegna della cosa, che funge da “mezzo di congiunzione” per ricondurre ad unità le volontà delle due parti. È errato pensare che i contratti reali debbano essere tenuti distinti solo rispetto a quelli consensuali; essi si differenziano anche dagli atti non negoziali che si sostanziano comunque nella tradizione di una cosa, dalla quale deriva un’obbligazione a restituire. L’elemento della consegna vale a fondare la prima distinzione; il fatto che essa venga effettuata con l’intenzione di porre in essere un contratto vale a tenere separati i contratti reali da quegli atti che, fuori da una prospettiva pattizia, pur costituiscono obblighi di eguale natura. Una condizione sistematica che è causata dalla relazione storica fra le due esigenze che fondano la realtà come regola di conclusione di taluni contratti. L’ordinamento giuridico romano la imponeva⁽⁹⁷⁾ come conseguenza del principio di non vincolatività del patto nudo in tutta una serie di casi, dal mutuo alla permuta, quindi come momento alternativo a quello della forma, su cui si fondava l’obbligatorietà di altri negozi. L’invalersi del principio opposto ha una limitata capacità di intervenire su tale stato di cose. Esso può certo condurre a acclarare l’obbligatorietà del consenso nelle fattispecie a prestazioni corrispettive o comunque orientati allo scambio, ma non può produrre eguale fenomeno per quei negozi, tipicamente unilaterali, in cui non può esistere un’obbligazione senza la previa consegna. In questi casi, difatti, la realtà della conclusione del contratto è indice della libertà del debitore di vincolarsi o meno, posto che tutti gli obblighi derivanti dal negozio sono esclusivamente a suo carico.

6. *Il mutuo consensuale fra teoria del contratto preliminare e anticipo della prestazione contrattuale.*

Anche per Unger, quindi, il mutuo oneroso, in quanto contratto che impone obblighi ad entrambe le parti, è ricostruibile come contratto consensuale e non come fattispecie che si conclude esclusivamente attraverso la dazione della cosa. La differenza causale tra ipotesi gratuita e lucrativa del mutuo (che anima del resto anche l’attuale *Schuldrechtsreform*) sarà sempre alla base delle speculazioni della scienza giuridica tedesca. Mentre la dottrina francese sarà sempre restia

⁽⁹⁷⁾ Per UNGER sono contratti reali solo quelli per i quali il diritto obiettivo impone una tale modalità di conclusione del negozio e non, come per BRINZ e DEMELIUS, anche quelli che si perfezionano per volontà delle parti mediante la prestazione anticipata effettuata da una di queste.

a spezzare l'unità concettuale del mutuo, in ciò ostacolata dal dettato del *Code*, per il quale gli interessi sono oggetto di una stipulazione separata che aderisce al contratto intrinsecamente gratuito, quella tedesca vede nell'interesse la controprestazione rispetto alla concessione del capitale.

Questa idea apre la strada ad una concezione del mutuo come contratto consensuale, che diverrà, negli anni immediatamente precedenti e successivi all'entrata in vigore del BGB, maggioritaria in Germania. Una tesi che viene portata avanti combattendo l'argomentazione tradizionale dei fautori della costruzione reale, per cui il consenso delle parti può autonomamente fondare soltanto una promessa di mutuo, un contratto preliminare che abbisogna comunque della consegna per dar luogo alla fattispecie definitiva, dalla quale sola può derivare l'obbligo di restituire. Il KOHLER, uno dei massimi antagonisti di tale concezione, sottolineava come la possibilità di scindere l'unitarietà del negozio in due fattispecie distinte, di cui l'una preliminare all'altra, fosse astrattamente possibile per ogni tipologia contrattuale, ma anche come, per molte fra queste, ciò rappresentasse null'altro che un'inutile complicazione⁽⁹⁸⁾. Perfettamente lecito e utile nel caso della compravendita per contanti, ove due soggetti si accordano perché entro un dato termine il primo acquisti una data cosa dal secondo, contestualmente pagandola, lo schema del preliminare diviene inutile e potenzialmente dannoso nel caso della compravendita obbligatoria, in cui le parti stabiliscono termini diversi per l'adempimento delle rispettive prestazioni. Concluso difatti il *Vorvertrag* consensuale, colui che per mezzo di questo accetta il futuro ruolo di acquirente è obbligato a ricevere la consegna della cosa, atto nel quale si sostanzia la conclusione dello *Hauptvertrag* reale, cui dovrebbe poter essere costretto anche *manu militari*. Discendono da qui delle implicazioni superflue: se costui contesta la qualità delle cose che il venditore si appresta a consegnargli deve costruire la sua pretesa sull'inadempimento che la controparte fa del contratto principale e, pertanto, concluderlo malgrado sappia della cattiva condizione dell'oggetto del negozio e quindi accettandone il rischio derivante. Se rifiuta invece di stringere il contratto definitivo, adducendo il difetto delle cose, egli potrebbe essere costretto a dirigere la sua pretesa risolutoria contro il contratto principale che si è concluso giudizialmente per effetto dell'azione contraria a lui intentata dal venditore. In entrambi i casi la scissione della compravendita (che, giova ricordarlo, per diritto tedesco non è mai stata un contratto ad efficacia reale) in due negozi, preliminare e definitivo, non produce altro che superflui arzigogoli, destinati a moltiplicarsi se si cerca di applicare lo schema del *Vorvertrag*

(98) È del resto possibile anche l'operazione contraria, quella della "realizzazione" del contratto consensuale, come nel caso frequente nella prassi in cui la prestazione del venditore può essere condizionata all'adempimento di quella del compratore. J. KOHLER, "Über das Konsensualdarlehn" in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd.1, 1889, p. 212.

ai contratti reali ⁽⁹⁹⁾. Per avere un negozio preliminare che possa produrre l'obbligo a compiere tutte le prestazioni in cui si sostanzia la conclusione e l'esecuzione di un contratto di deposito, ad esempio, occorre ipotizzare un primo accordo, mediante il quale una parte si obbliga a concludere il deposito quando l'altra voglia e un secondo accordo, con cui entrambe le parti stabiliscono che, entro un certo termine, una cosa sarà ricevuta in deposito; da ultimo dovrà intervenire il contratto definitivo, che non potrà prescindere dalla consegna della cosa. Questa morfologia negoziale, che si verifica ordinariamente per il contratto di custodia di oggetti in pubblici depositi, nei quali il depositante realizza, con la consegna della cosa, il contratto che risponde alle condizioni che il depositario pratica indifferentemente è applicabile al mutuo? Se cerchiamo di adattare la costruzione valida per il contratto con cui si trasferisce la mera detenzione a quello che si conclude necessariamente con la traslazione della proprietà e obbliga alla restituzione del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* otteniamo in realtà non un contratto preliminare, ma un accordo mediante il quale le parti si obbligano l'una a dare, l'altra a ricevere una cosa a titolo di mutuo. La scissione di un negozio in un contratto preliminare e in uno definitivo può produrre effetti rilevanti anche dal punto di vista pratico se quest'ultimo non può realizzarsi altro che con la consegna: non è questo il caso del mutuo oneroso, che è un contratto a prestazioni corrispettive ⁽¹⁰⁰⁾ e che quindi è produttivo di effetti obbligatori sin dal momento in cui si forma il consenso, al pari della vendita o della locazione, nelle quali del resto la formazione dell'accordo può essere contestuale alla prestazione di una parte, senza che ciò faccia diventare reali delle fattispecie tradizionalmente consensuali ⁽¹⁰¹⁾.

Analoghe considerazioni animano la lettura dello SCHLOSSMANN, tradizionalmente critico verso la categoria del contratto preliminare ⁽¹⁰²⁾ e vieppiù contrario alla sua configurabilità con riguardo ai contratti reali, stante il contrasto fra le due strutture. Un ipotetico "preliminare di mutuo" potrebbe difatti prendere la forma di *pactum de mutuo dando*, mediante il quale un soggetto promette all'altro di

⁽⁹⁹⁾ J. KOHLER, "Über das Konsensualdarlehn", cit., p. 215.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. anche A. AFFOLTER, "Das Verzinsliche Darlehen" in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 26, 1905, p. 1 ss.

⁽¹⁰¹⁾ J. KOHLER, loc. cit., p. 227-228. Dello stesso autore cfr. l'ultimo degli *Zwölf Studien aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, intitolato al *Vereinbarungsdarlehen*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 33, 1909, p. 1 ss. in cui sostiene ancora la consensualità del mutuo, nonostante la dizione del § 607 BGB, giudicata non precettiva di una modalità obbligatoria di conclusione del contratto.

⁽¹⁰²⁾ Che in talune ipotesi risulterebbe indistinguibile dal contratto definitivo, in altre rischiosamente confondibile con la fase delle trattative. S. SCHLOSSMANN, "Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte" in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II folge, Bd. 9, 1903, p. 5-7.

conferirgli una somma che questi dovrà restituire una volta ricevuta, oppure la forma di *pactum de mutuo accipiendo*, con il quale un soggetto promette all'altro di ricevere la somma che il primo vorrà, se vorrà, dargli a mutuo. Quest'ultimo caso non si distingue funzionalmente dal tradizionale mutuo reale: in esso, difatti, la conclusione del contratto resta pur sempre nel potere del soggetto che non assume obblighi. Nel primo caso l'adempimento del preliminare si sostanzia nel pagamento di una somma cui il mutuante si è già obbligato con la conclusione del preliminare; l'ordinamento non riporta dunque la nascita dell'obbligazione ad un secondo contratto, bensì direttamente alla consegna, che si unisce alla manifestazione di volontà resa nel preliminare, in uno schema che fa di questo non già un contratto, ma una promessa unilaterale del mutuante ⁽¹⁰³⁾. Se si parte dall'ipotesi che in ogni contratto, nel mutuo come nella compravendita, sia riconoscibile un momento consensuale unito a uno reale, che può essere contemporaneo o posteriore rispetto al primo ⁽¹⁰⁴⁾, si scorge agevolmente come l'ordinamento abbia deciso, per il mutuo e non per la compravendita, di elevare la soglia dell'efficacia del contratto. Stabilito questo, l'unica cosa da verificare è l'eventuale distonia dell'ordinamento attuale rispetto al replicarsi di moduli passati: ciò che nel diritto romano era tipicamente un atto di cortesia, pienamente giustificato nella sua struttura reale, può oggi non esserlo più, come nel caso del mutuo ad interesse ⁽¹⁰⁵⁾.

7. *La storia dimenticata del mutuo: il diritto comune.*

La dottrina tedesca quindi risolveva l'antinomia propria della vicenda moderna del mutuo, il contrasto fra il principio consensualista e l'impossibilità di configurare un siffatto negozio astraendo dalla consegna, rileggendo la storia di questo contratto per diritto romano. Nell'arcaicità di quell'esperienza giuridica, il tipo più antico di mutuo era offerto dal *nexum*, un *gestum per aes et libra* al pari degli altri contratti traslativi della proprietà, la cui obbligatorietà era conseguenza diretta della rigida ritualità che sostanzialmente il contratto. L'evoluzione verso la libertà di forme, ineluttabile segno di progresso giuridico, trova una tappa importante nella creazione dei contratti reali, in cui la consegna della cosa assume il ruolo di *causa civilis* del contratto, assicurando pubblicità, certezza ed univocità ad una fattispecie potenzialmente iniqua, poiché vincolante solo una delle due parti dell'ac-

⁽¹⁰³⁾ S. SCHLOSSMANN, "Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte", cit., p. 37-39.

⁽¹⁰⁴⁾ In tal senso anche J. KOHLER, "Über das Konsensualdarlehn", cit., p. 225 e A. AFFOLTER, "Zur Lehre vom Verträge" in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 8, 1894, p. 20-21.

⁽¹⁰⁵⁾ S. SCHLOSSMANN, "Über den Vorvertrag...", cit., p. 68-71.

cordo ⁽¹⁰⁶⁾. L'invalersi del principio di obbligatorietà del semplice consenso non toccherà la struttura del mutuo gratuito, solo marginalmente quella del mutuo cui aderisce la stipulazione accessoria degli interessi, ma assorbirà completamente tutte le fattispecie che hanno per scopo la realizzazione di un credito oneroso, che possono descriversi, a seconda della causa e dello strutturarsi del contenuto obbligatorio, come contratti di locazione (*Kreditmietverträge*) e contratti di concessione (*Kreditleihverträge*) ⁽¹⁰⁷⁾. La scienza giuridica tedesca non pose mai in discussione la legittimità della tradizione romanistica del mutuo reale, né si pose mai il problema se la pretesa permanenza di tale modello fosse o meno corrispondente alla realtà del divenire storico del diritto. L'immagine della forte continuità del mutuo reale fu lasciata sempre indisturbata: tutta la costruzione del mutuo consensuale procede su un versante parallelo, predicata esclusivamente a riguardo del contratto oneroso, causalmente incomparabile con la figura romanistica del mutuo gratuito e diverso da questo per l'intrinseca corrispettività delle obbligazioni risultanti. La dottrina del mutuo consensuale non può prescindere difatti dalla bilateralità del contratto; solo questo carattere può fondare una struttura negoziale che sia obbligatoria in difetto della consegna, elemento che, al contrario, supporta il nascere dell'obbligazione nella tradizionale ipotesi unilaterale. Ove non si stimi possibile che il mutuo produca obbligazioni anche per il mutuante, cade senza rimedio né seria alternativa la stessa ipotizzabilità di una conclusione di tale contratto in virtù del semplice accordo ⁽¹⁰⁸⁾.

La storia moderna del contratto richiede che alla bilateralità della

⁽¹⁰⁶⁾ Così E. LÜBBERT, "Der Kreditvertrag. Ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des Darlehens" in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II folge, Bd. 16, 1907, p. 315-317.

⁽¹⁰⁷⁾ E. LÜBBERT, "Der Kreditvertrag", cit., p. 369 ss. Cfr. le critiche di REGELSBERGER, nel *Nachschrift* a LÜBBERT (loc. cit. p. 410-427) e quelle di KOHLER, "Der Vereinbarungsdarlehen", in *Archiv für Bürgerliches Recht*, cit. p. 3 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Per come afferma la meno recente dottrina italiana sul punto. La critica alle dottrine tedesche sul mutuo consensuale operata dal FORCIELLI, *I contratti reali*, 1952, cit., procede proprio dalla inconcepibilità di un mutuo che non sia unilaterale, arrivando tuttavia a tesi non dissimili da quelle dei primi autori tedeschi qui analizzati, per cui la consegna assume il ruolo di forma della dichiarazione negoziale. Pochi anni prima il CARRESI, *Il mutuo nel Trattato di diritto civile italiano sotto la direzione di F. VASSALLI*, vol. 8, t. II, Torino 1950, aveva portato una critica serrata a quella dottrina che voleva forzosamente ricostruire obbligazioni anche per il mutuante allo scopo di ottenere anche per il mutuo l'immagine di un contratto bilaterale. In modo non conseguente a tali premesse, né ad altre assunte dall'autore, che proclama indifferente al problema il principio di autonomia contrattuale, egli afferma tuttavia, senza particolare argomentazione, la consensualità del mutuo. Non ha tentennamenti invece il SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova 1953, p. 192 ss., nello sposare teorie — avanzate per l'epoca — concernenti la causa del mutuo con l'immagine della sua necessaria realtà. L'essenza del mutuo è nella costituzione di un credito di sostituzione al capitale ricevuto, unito all'elemento dato dal differimento nella sua prestazione. La realtà è dato indifferente

formazione del negozio faccia riscontro la bilateralità degli interessi tutelati; se quest'ultima non è configurabile nel mutuo, allora occorre rimettersi alla "millenaria tradizione di realtà" che caratterizza tale contratto ⁽¹⁰⁹⁾. Uno sguardo superficialissimo alla realtà del diritto comune può consentirci, tuttavia, di revocare in dubbio, con l'immagine della indiscutibile continuità del modello romano di mutuo, anche l'idea dell'impossibilità di una struttura di questo contratto alternativa sia a quella reale che a quella consensuale della dottrina tedesca. Per dare appena la dimensione del dibattito che attraverso il diritto sapienziale del Medioevo è sufficiente citare tre autori.

ROGERIO, innanzitutto, che definisce il mutuo sull'elemento della traslazione della proprietà di un dato bene, fatto dal quale sorge per il ricevente l'obbligo di restituire al dante causa una pari quantità del medesimo *genus* ricevuto, non la medesima *species* ⁽¹¹⁰⁾. Un'accezione che procede coerentemente dal dato etimologico per tradursi in struttura tecnica di tale contratto. A carico di questa nozione il giurista medievale pone quattro quesiti, che diverranno tradizionali presso i giuristi successivi ⁽¹¹¹⁾. Tra questi, vi è anche quello concernente le modalità attraverso cui può realizzarsi il mutuo. Per Rogerio esse sono tre: mediante la consegna della cosa, attraverso la stipulazione verbale, tramite la redazione di una scrittura ⁽¹¹²⁾. La via ordinaria per diritto romano, la conclusione mediante la consegna della cosa, può avvenire così direttamente come indirettamente, come nell'ipotesi in cui il bene fungibile sia stato dato ad un soggetto non perché questi se ne appropriasse in *causa mutui*, ma affinché lo vendesse e trattenesse presso di sé

rispetto al profilo della sostituzione, rappresenta invece la miglior tutela — preventiva — del differimento.

⁽¹⁰⁹⁾ Così SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 199.

⁽¹¹⁰⁾ "Mutuum describitur secundum nomen hoc modo: mutuum est quod ex meo fit tuum. secundum significationem hoc modo: mutuum est cum damus quantitatem, recepturi eamdem in genere et non in specie. quare videndum est in quibus rebus consistat, qualiter contrahatur, quomodo dividatur, quando deficiat, qualiter reconciliatur." ROGERIO, *Summa Codicis, tit. si certum petatur n. 5* (ed. G.B. PALMIERI, *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi — Scripta anecdotata glossatorum*, I, 1913, p. 101).

⁽¹¹¹⁾ Il primo concerne le qualità che il bene deve avere per poter costituire oggetto di mutuo, un punto sul quale è già dato di cogliere una prima differenziazione rispetto alla lezione del *Corpus Iuris*. La classica definizione delle cose fungibili come cose che consistono in *pondere, numero et mensura* viene infatti intesa da ROGERIO e, come vedremo, dai giuristi successivi come risultato di una determinata *consuetudo*, non già risultante dall'oggettività dei beni stessi: "In his rebus consistit mutuum que pondere, numero et mensura consistunt, idest usum negotiandi per ponderationem, et numerum, et mensuram sui prestant." ROGERIO, loc. cit., n. 6.

⁽¹¹²⁾ "Contrahitur re, verbis, contrahitur scriptura. re, quandoque expressim, ut numerando et cetera quandoque per interpretationem, veluti si dedit aurum extimatum vendendum ut pretium retineret in causam mutui. cum re contrahitur, quandoque pendet, et ex post facto confirmatur, veluti si nummi mutuo dati sunt tibi ut tunc demum fiant tui cum conditio exstiterit." ROGERIO, loc. cit., n. 7.

il prezzo come somma oggetto di mutuo. La consegna della cosa avviene indirettamente anche nelle ipotesi in cui il bene fungibile venga materialmente trasferito al soggetto ricevente, ma questi non possa acquistarne immediatamente la proprietà poiché il negozio è sottoposto a condizione sospensiva. In questo caso la costituzione del diritto di proprietà sulla cosa, necessario perché si abbia mutuo, si costituisce *ex post facto*; diverso il caso in cui venga dato un bene di cui ci si crede erroneamente proprietari, perché ad esempio oggetto di legato non ancora accettato: nel caso in cui il legatario rifiuti il beneficio offertogli, la somma si intenderà comunque mutuata sin dall'inizio ⁽¹¹³⁾.

La dottrina di Rogerio non presenta quindi delle innovazioni dirimpenti sul terreno del mutuo come contratto reale. Essa argomenta esclusivamente sul dato qualificativo della *datio rei*, trascolorando dall'ipotesi diretta della traslazione materiale del bene costitutiva del diritto di proprietà altre fattispecie in cui l'acquisto del dominio al mutuatario avviene in un momento posteriore. La stessa cosa si può notare sul terreno degli altri due modi di conclusione del contratto di mutuo. Il prestito di cosa fungibile può avvenire difatti attraverso una *stipulatio*, che può presentarsi come fattispecie novativa del titolo di debito di una somma di denaro già precedentemente dovuta così come negozio unilaterale con cui taluno si obbliga a rendere una somma ad altri entro un certo termine ⁽¹¹⁴⁾. Un negozio, quest'ultimo, in cui prevale un elemento confessorio: il mutuatario è qui colui che dichiara unilateralmente di dovere una somma allo stipulante poiché l'ha da lui mutuata, indipendentemente dal fatto che questa sia stata effettivamente trasferita. Lo stesso schema obbligatorio presiede la terza ipotesi. Si contrae un mutuo *per scripturam* allorché ci si impegna a dare una somma sottoscrivendo un chirografo, senza che sia intervenuta, previamente o contestualmente, la *numeratio* ⁽¹¹⁵⁾.

Rogerio non innova il tessuto delle regole romane, ma se ne serve sistematicamente per chiarire la struttura del mutuo. La *stipulatio* ed il *chirographum* sono tipicamente contratti astratti, tali quindi da recepire al proprio interno negozi precedentemente intercorrenti fra le medesime parti, come pure semplici frammenti di regolamenti contrattuali fra queste esistenti. Nell'esempio proposto da Rogerio, la *stipulatio* isola un rapporto obbligatorio già operante fra due soggetti per renderlo

⁽¹¹³⁾ “Quandoque re ipsa suspenditur, veluti si heres pecuniam legatam tradidit, legatario repudiante. ab initio credita intelligitur, que tamen pendebat ante repudiationem.” ROGERIO, ult. loc. cit.

⁽¹¹⁴⁾ “Verbis, veluti si stipulatus sum animo novandi quantitatem mihi dari, que ex precedenti causa debebatur vel ab initio stipulatus sum mihi reddi.” ROGERIO, loc. cit., n. 8.

⁽¹¹⁵⁾ “Scriptura, veluti si spe future numerationis cyrographo me obligavi. et stipulatio differt a scriptura. quia stipulatione potest transiri de una obligatione in aliam, sed scriptura minime.” ROGERIO, loc. cit., n. 9.

assoluto dal titolo costitutivo e dargli una tutela autonoma, inattaccabile dalle eccezioni che possono derivare da quello. Una possibilità che il glossatore dichiara esclusiva del negozio verbale, negandola al contratto letterale. In ogni caso, il *doctor iuris* pone chiara la distinzione tra due modi di concepire il mutuo, l'uno *naturale*, poiché si conclude con la consegna di una data quantità di cose fungibili, l'altro *civile*, creazione propria del giurista medievale, che si conclude attraverso le modalità proprie di un contratto formale ⁽¹¹⁶⁾.

È questo *incipit* di una dottrina che costituirà il principale oggetto di dibattito presso l'esperienza giuridica successiva. La bipartizione rogeriana diviene, in AZONE, tripartizione fra il mutuo *naturale*, quello *civile* e quello *civile natura cooperante* ⁽¹¹⁷⁾: un termine medio, quest'ultimo, tale da scardinare l'architettura classica del mutuo. Questo è dunque *naturale* allorché si sia in presenza di una *numeratio*, il fatto della consegna, dal quale deriva l'obbligo di restituire il *tantundem* ⁽¹¹⁸⁾, ma ove tale fatto si unisca alla ritualità della *stipulatio*, si ha invece la diversa categoria del *mutuum civile in quo operatur natura*. Se l'obbligo a restituire una stessa somma di denaro data a mutuo da un soggetto a un altro venisse fatto in seguito oggetto, tra le stesse parti, di una stipulazione da ciascuna di queste due fattispecie dovrebbe risultare una diversa azione, di cui la seconda in ordine di tempo dovrebbe novare o escludere la prima. Al contrario, Azone afferma che, in questo caso, si agisce solo ed esclusivamente con l'azione derivante dalla *stipulatio*, intendendosi la *numeratio* fatta posteriormente come un adempimento di quella, piuttosto che un comportamento concludente autonomo ⁽¹¹⁹⁾.

Fra le due *causae obligationis et actionis* prevale quindi quella derivante dallo *ius civile*, non solo, come parrebbe evidente, ove (ed è sicuramente il caso più normale) essa preceda il momento della tradizione materiale del denaro, ma anche ove segua questa. Nell'ipotesi in cui la *stipulatio* segua la *numeratio*, si finge che l'azione non promani da

⁽¹¹⁶⁾ "Quare sequitur talis divisio, quod mutuum aliud naturale, aliud civile. civile, aliud contrahitur per scripturam, aliud per stipulationem." ROGERIO, ult. loc. cit.

⁽¹¹⁷⁾ "Dividitur autem mutuum quia aliud est naturale tantum. Aliud civile natura sibi cooperante aliud civile tantum in quo nihil cooperatur natura." AZONE, *Summa Codicis*, tit. si certum petatur, r.a. Torino 1966, p. 108 col. 1.

⁽¹¹⁸⁾ "Naturale tantum est ut cum tibi numero pecuniam ut tantundem mihi tenearis reddere unde et re idest numeratione dicitur obligatio contrahi et nascitur conditio ex ea ut institutiones quibus modis re contrahitur obligatio primo responso." AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

⁽¹¹⁹⁾ "Civile autem est in quo operatur natura ut cum tibi mutuo sed eandem pecuniam vel paululum ante numerationem vel postea paululum hic est incontinenti stipulor mihi reddi nec non nascitur actio ex numeratione et ex stipulatione ut tollatur vel novetur et que nascitur ex numeratione per eam que nascitur ex stipulatione quia id agitur tacite ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia est numeratio intelligenda fieri quam ut agatur ex ea." AZONE, *Summa Codicis*, ult. loc. cit.

questo fatto, bensì dal contratto formale successivo ⁽¹²⁰⁾. Il presupposto logico della *fictio* è che se le parti hanno agito in tal senso è stato perché, evidentemente, volevano che la nascita del rapporto di mutuo sorgesse dal negozio verbale, altrimenti non si spiegherebbe l'iterazione del titolo. Questo meccanismo appare a prima vista ridondante. Perché accanirsi contro l'idea, la più naturale possibile, che il fatto successivo porti alla novazione quello precedente? Perché si tratta di fatti di natura e struttura diversa: la *stipulatio* è un contratto di stretto diritto, che astrae il rapporto obbligatorio che le parti vi versano dal suo titolo sostanziale. La *numeratio* porta a compimento il mutuo, anch'esso contratto di stretto diritto, ma non astratto. Il mutuatario per via di stipulazione non può quindi sollevare delle eccezioni che competono esclusivamente a chi è divenuto mutuatario tramite il fatto concludente della *numeratio* , vale a dire quelle relative alla qualità e quantità delle cose mutate. L'astrazione data dalla *stipulatio* non è comunque completa: l' *exceptio non numeratae pecuniae* pone al riparo la parte della stipula che non ha effettivamente ricevuto la somma da restituire.

La terza categoria di mutuo, quella *civile* viene conseguentemente definita esclusivamente sul dato del negozio formale centrato sulla *scriptura* . Solo al chirografo, difatti, può riconoscersi la piena efficacia di titolo astratto dopo il trascorrere del biennio. Prima di questo periodo il creditore agente può essere respinto dall' *exceptio non numeratae pecuniae* . Ciò non può portare a dire che il decorso del biennio perfezioni la *numeratio* , se questa non è avvenuta realmente. La dichiarazione confessoria di chi, *sub spe futurae numerationis* , ammette di dover una data somma rimane un mutuo *civile* , che ha l'efficacia di un mutuo naturale — abbisogna cioè della *numeratio* — prima del trascorrere dei due anni ⁽¹²¹⁾.

La destrutturazione del tessuto romanistico del mutuo, iniziata dalla tripartizione azoniana trova inveramento in BARTOLO. La conclu-

⁽¹²⁰⁾ “Agitur ergo tantum ex stipulatione que de iure civili ut ff. de novationibus l. si ita fuero § ultimum et l. cum enim et isti de actionibus § de pecunia et ff. eo. l. secunda § ult. et l. certi § quoniam ibi sive continentur duae tamen in eo videbatur actiones nasci una ex numeratione alia ex stipulatione sed ubi stipulatio utilis sequitur incontinenti numeratione fingatur nec fuisse nata ex numeratione actio quod ex eo (patet) quod ubi actum incontinenti postea stipulor inutiliter agitur ex numeratione ut ff. e. l. certi § quoniam patet ergo fuisse actum ut agatur ex ea alioquin non ageretur ut ff. eo. l. non omnis.” AZONE, *Summa Codicis* , ult. loc. cit.

⁽¹²¹⁾ “Civile autem mutuum est quod per chirographum contrahitur quando spe futurae numerationis scripsi me accepisse, et tunc infra biennium non est efficax, quia si agat creditor repellitur exceptione si non probet se numerasse pecuniam post biennium vero efficax factum est ut etiam naturale mutuum dici possit. Nam et quidam dicunt biennium numerat vel ut nostri doctores dixerunt civile quidem remanet sed efficaciam habet naturalis nisi infra biennium pretium sit iuri in testando idest in testificando exceptionem non numeratae pecuniae ut infra de non num. pec. l. si intra et l. cum ultra.” AZONE, *Summa Codicis* , tit. si certum petatur, cit., p. 109 col. 1.

sione del Commentatore è che il mutuo si conclude tutte le volte in cui si trasferisca una somma di denaro, *vere vel ficte* e che il tradente sia *dominus* di questa, anche qui *vere vel ficte* ⁽¹²²⁾. Da questa regola si evincono difatti quattro ipotesi possibili di mutuo. La prima, quella *naturale* che Azone centrava sulla tradizione della cosa come atto, viene ora definita da Bartolo sulla dazione della cosa intesa come mero fatto ⁽¹²³⁾. Azone richiedeva, perché si concludesse questo contratto, la *numeratio*, ossia l'atto del consegnare; per Bartolo è sufficiente — senza attardarsi nella distinzione di tante, sottili ipotesi particolari — che si possa dire che la cosa sia pervenuta nella sfera patrimoniale del mutuuario. Tale raggiunta disponibilità, difatti, può avvenire tanto *vere* che *ficte*. In questo secondo caso al mutuo naturale viene comunque ad aggiungersi un momento di legittimazione proveniente dal diritto obiettivo, il che dà luogo ad una nuova tipologia, il mutuo *naturale ius civile cooperante*, che non ha riscontri negli apparati precedenti ⁽¹²⁴⁾. Essa viene, com'è ovvio, isolata a partire dall'ipotesi azoniana del *mutuum civile natura cooperante*, ma assolve finalità completamente diverse. Quest'ultimo, difatti, si verifica nella compresenza di due fatti, la *stipulatio* e la *numeratio*, che la logica del mutuo porta a inquadrare come parti dello stesso negozio, piuttosto che come momenti autonomi di nascita dell'obbligazione ⁽¹²⁵⁾.

Le due ipotesi, malgrado la terminologia adottata, non sono quindi speculari. Nella prima il vincolo naturale è perfetto con la consegna della cosa, ma lo *ius* deve soccorrere una patologia o difetto soggettivo,

⁽¹²²⁾ “Ex quo habes quo ad perficiendum mutuum sufficit quod pecunia profiscatur vere vel ficte et tradens sit dominus, vere vel ficte.” BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *l. Mutuum damus § in mutui autem datione*, n. 1 ff. *de rebus creditis. si certum petatur*, ed. Venetiis 1585, (fol 5 v. col. 1).

⁽¹²³⁾ “Pro cuius evidentiā debes scire prout glossa nobis dicit, quod triplex est mutuum, quoddam est mutuum naturale, et mere, quoddam est mutuum civile, cui natura cooperatur, quoddam est mutuum mere civile. Mutuum naturale est, quando res mea ad te pervenit. Ita dicit glossa et bene.” BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *l. mutuum damus § in mutui autem datione*, cit., n. 2 e 3 (fol 5 v. col. 1-2).

⁽¹²⁴⁾ “Tu tamen in hoc mutuo naturali dicas quoddam est mutuum naturale mere ut quando pecunia mea in te directo transfertur. Quoddam est mutuum naturale, cui ius civile cooperatur per aliquam fictionem ut quando pecunia vere intercessit, sed ius fingit eum numerasse, quod non numeravit, vel esse dominum, quod non erat, ut supra proximum declaravi, vel quando pecunia debita ex una causa convertitur in causam mutui l. Certi conditio in fine infra eo. Vel quando mutuum reconciliatur aliquo ex modis, quos vidistis in versiculo appellata ad quod facit infra e. l. Singularia.” BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *l. mutuum damus § in mutui autem datione*, cit., n. 3 (fol 5 v. col. 2).

⁽¹²⁵⁾ “Aliud est mutuum civile cui natura cooperatur. Dicit glossa ut quando ante stipulationem vel post incontinenti numeratur pecunia glossa in hoc dicit verum non tamen nascit in hoc casu actio ex mutuo, sed ex stipulatione impleta propter mutuum l. Si ita stipulatus § Chrysogonus infra de verb. ob. et l. Si ita fuero stipulatus et l. Cum n. infra de novationibus. Videbitis infra eodem l. Certi conditio § quoniam.” BARTOLO DA SASSOFERRATO, in *l. mutuum damus § in mutui autem datione*, cit., n. 4 (fol 5 v. col. 2).

oppure deve riconciliare alla tradizione fatti diversi di traslazione del dominio. Nella seconda non si tratta di integrare una fattispecie difettosa attraverso una *factio*, bensì di ricomporre ad unità fatti diversi, che potrebbero condurre ad un pernicioso *bis in idem*. L'analisi di Bartolo sulla quarta categoria di mutuo, quella *mere civilis* conferma la generalità della sua impostazione. Bartolo amplifica anche qui il ruolo del profilo causale sotteso alla fattispecie concreta di mutuo: il mutuo civile produrrà così azione anche in assenza della consegna dopo il decorso del biennio, come in Azone, ove la redazione della scrittura sia stata fatta *sub spe futurae numerationis*; ove al contrario la parte dichiarante prometta di dare una somma, affermando di averla ricevuta in mutuo, ma che in realtà essa vuole donare al promissario, tale contratto sarà valido anche prima del trascorrere di detto termine, poiché non può comunque aver luogo, stante il difetto di titolo, l'*exceptio non numeratae pecuniae* ⁽¹²⁶⁾.

8. Conclusioni.

Questa superficialissima analisi sulle dottrine del diritto comune classico — le cui tesi forniranno continuo materiale per il dibattito dei secoli successivi, senza essere radicalmente abbandonate sino alle soglie dell'età dei Codici — ci indica, restando ferma la necessità di un'indagine più approfondita, come la vicenda storica del prestito di cosa fungibile sia più complessa di quanto la scienza giuridica moderna abbia ipotizzato. Tra la storia antica del mutuo e la vicenda moderna si frappone una storia esclusa e dimenticata, quella del diritto comune, dell'esperienza tutta medievale del diritto sapienziale ⁽¹²⁷⁾. Un'altra storia dell'istituto, fatta da giuristi che, onerati di un più stretto dovere di ossequio rispetto alle fonti romane di quanto non fosse gravata tanta dottrina moderna, pure hanno riletto il ruolo dell'elemento reale nel mutuo in modo antagonista verso quella tradizione. L'elemento della consegna, nelle sistematiche che fanno premio sulla tripartizione del tipo contrattuale e sull'individuazione di un mutuo *civile natura coope-*

⁽¹²⁶⁾ “Quoddam est mutuum mere civile, ut in chirographo, ex quo quis obligatur post biennium infra contractibus C. de non num pec. Dicit gl. et bene quod tamen isto casu non oritur obligatio ex tali mutuo, sed ex contractu literarum propter mutuuum. Et istud, quod gl. dicit, post biennium, habet locum quando promissio, vel scriptura facta fuit spe futurae numerationis, sed si forte donandi animo, non spe futurae numerationis promitterem centum per stipulationem, quod confiteor me habuisse et recepisse mutuo, et statim etiam non expectato biennio contraheretur illud mutuuum civile, et hic est casus isto responso, ut glossa hic intelligit in mutuo civili.” BARTOLO DA SASSOFERRATO, *in l. mutuuum damus § in mutui autem datione*, cit., n. 5 (fol 5 v. col. 2).

⁽¹²⁷⁾ Cfr. V. GIUFFRÈ, “Mutuo (storia)” in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 443, sui problemi connessi allo studio del mutuo in età medievale, un oggetto che spesso la storiografia ha trovato celato dallo schermo offerto dal divieto delle usure.

rante, diviene, da momento costitutivo della fattispecie, condizione di efficacia dell'accordo. Il consenso delle parti non è produttivo di effetti giuridicamente validi senza il trasferimento della proprietà della cosa da una parte all'altra del contratto, ma questo fattore non è il fondamento dell'obbligazione del ricevente che si riconduce direttamente ed esclusivamente al dato della manifestazione bilaterale di volontà. Una soluzione egualmente distante dalla concezione romana come dalle teorie moderne del mutuo consensuale.

Per la prima vige una rigida alternativa. Alla base dell'obbligo di pagare una somma di denaro vi può essere difatti un negozio formale e astratto come la *stipulatio* o il *chirographum*, e quindi in linea di principio il debitore non è ammesso a chiedere l'annullamento del contratto perché la controparte non ha integrato un presupposto che risiede fuori dai limiti della fattispecie contrattuale; oppure vi è un mutuo, e in questo caso la consegna, quindi il compimento del presupposto dell'obbligo di restituzione è stato effettuato tramite la dazione reale. L'apposizione di una forma particolare, in quest'ultima ipotesi, può al massimo fornire prova legale dell'avvenuta consegna, escludendo il debitore dalla produzione di eccezioni contrarie, ma non è comunque il fondamento dell'effettività del contratto che, in quanto mutuo, poggia esclusivamente sul dato reale.

Rispetto alle teorie consensualiste, le dottrine medievali non intendono il momento della consegna come obbligo del mutuante, ponendolo quindi fra gli effetti del contratto. L'elemento reale è una condizione di efficacia del negozio, che non può essere artificialmente postergato rispetto al momento della sua conclusione, facendone l'oggetto di un obbligo che risulta da un contratto allo stato inesistente⁽¹²⁸⁾. Il diritto comune non ha bisogno dell'onerosità del mutuo per sancire la bilateralità delle obbligazioni delle parti e arrivare, per questo tramite, alla salvifica costruzione del contratto consensuale. Rendendo la struttura del contratto attraverso i due poli paralleli e equipollenti del consenso astratto e della consegna come atto negoziale, essi riescono a assicurare piena tutela ad entrambe le parti⁽¹²⁹⁾, cosa che gli ordina-

⁽¹²⁸⁾ Risulta importante ancora oggi l'insegnamento di L.V. BERLIRI, "Appunti sui contratti reali", in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 7, 1932, p. 143 ss.) per il quale nel mutuo il consenso delle parti è volto a regolare l'attuazione di un'obbligazione, quella di restituire, che ha come unico fondamento la consegna, ossia la tradizione al mutuario della cosa senza titolo di acquisizione. Un fatto che obbliga il ricevente a restituire e, se la cosa data era fungibile, a dare il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. Una tesi che ha avuto il merito, sia pure in anni non certo favorevoli, di spezzare la fideistica concezione del modello contrattuale, consensuale e bilaterale, come sede unica di razionalizzazione del negozio di mutuo. La tesi recente del DI GRAVIO, cit., rappresenta un ibrido di questa, volta all'impossibile tentativo di conciliare l'immagine di un consenso vuoto di oggetto e quella di una consegna che è comunque interna alla fattispecie contrattuale.

⁽¹²⁹⁾ Di grande interesse l'analisi resa da R. SACCO, "Causa e consegna nella

menti attuali riescono a ottenere, prigionieri del dogma del contratto consensuale, o dettando regimi speciali su base soggettiva, come in Francia, o costruendo per il mutuo, sia esso un *Geld-* o un *Sachdarlehen*, una onerosità essenziale per fondare la bilateralità del tipo e tuttavia derogabile in concreto. Uno studio più approfondito della intera storia del mutuo risulta quindi fondamentale per ricercare una nuova unità giuridica europea su una fra le tipologie contrattuali centrali del nostro tempo, nella consapevolezza che il modello reale del diritto romano non è più in grado di fornire risposte adeguate ⁽¹³⁰⁾.

conclusione del mutuo” in *Banca, borsa, tit. cred.* 1971, cit., p. 527 ss., non sempre esattamente compresa. Cfr. ad esempio M.-N. JOBARD-BACHELLIER, “*Existe-t-il encore des contrats réels en droit français?*”, cit., p. 17.

⁽¹³⁰⁾ La prassi contrattuale italiana è, sotto questo profilo, illuminante della perversioni cui l'applicazione della realtà può condurre in un assetto caratterizzato dalla forte disparità nella capacità economica dei contraenti. Basti pensare ai c.d. “atti unilaterali di accettazione di mutuo”, dichiarazioni che gli istituti di credito impongono a chi chiede loro un mutuo. Con tali atti notarili, il richiedente il prestito accetta unilateralmente somme che non gli sono state ancora corrisposte, abdicando quindi da un potere di scelta sulla conclusione o meno del contratto che la banca, al contrario, si riserva di esercitare sino al momento in cui non corrisponderà materialmente la somma. Cfr. al proposito C. CACCAVALE, “*Gli ‘atti unilaterali di mutuo’ nel credito bancario*” in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 307-359 e 583-652. Al lettore giudicare la distanza tra simili prassi e l'ispirazione che anima le prese di posizione della giurisprudenza francese e del legislatore tedesco, sforzi quanto mai necessari anche in Italia.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2000/2001

Sono stati graditi ospiti del 'Centro' per un soggiorno di studio la dott. Machiko SAGAKAMI (dell'Università di Osaka), la dott. Eugenia TORIJANO (della Università di Salamanca) il dott. Pablo GUTIERREZ VEGA (della Università di Sevilla).

Durante il 2001 sono stati pubblicati quale n. 58/59 della "Biblioteca" del Centro il volume di Maurizio FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico — Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, e quale n. 60 il volume di Raffaele VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico — Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*.

In séguito alle anticipate dimissioni del Direttore e dell'intero Consiglio del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno', la Facoltà giuridica fiorentina ha, con voto unanime, provveduto alle nomine di sua spettanza. Per il quinquennio 1 gennaio 2003-31 dicembre 2007, Direttore del 'Centro' sarà Bernardo SORDI, Ord. di Storia del diritto medievale e moderno. Consiglieri saranno Paolo CAPPELLINI, Ord. di Storia del diritto medievale e moderno; Paolo CARETTI, Ord. di Diritto costituzionale; Pietro COSTA, Ord. di Storia del diritto medievale e moderno; Francesco C. PALAZZO, Ord. di Diritto penale.

Per quanto concerne la funzione di Redattore dei 'Quaderni Fiorentini', essendo la nomina di spettanza del Consiglio del 'Centro', questo ha provveduto a individuare nel prof. Pietro COSTA il nuovo Redattore per il quinquennio 1 gennaio 2003-31 dicembre 2007.

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i> (Storia e cronistoria dei 'Quaderni Fiorentini')	1
 MODELLI E DIMENSIONI	
CESARE VASOLI, <i>Note su Jean Bodin e la « Juris universi distributio »</i>	15
GIUSEPPE DUSO, « <i>Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporien ihrer Grundbegriffe</i> »	45
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Freedom's law and oeconomic status: the euroamerican constitutional moment in the 18th Century</i>	81
 LA DIMENSIONE GIURIDICA	
GERHARD DILCHER, <i>Recht ohne Staat — Rechtsdurchsetzung ohne Staat? Überlegungen zur Rolle der Zwangsgewalt im mittelalterlichen Rechtsbegriff</i> . . .	139
PAOLO NAPOLI, <i>Police et justice dans les débats révolutionnaires (1789-1791). Les enjeux d'une question toujours actuelle</i>	159
OSKAR BÜLOW, <i>Legge e ufficio del giudice</i> (trad. e postfazione di P. Pasqualucci) .	199
FLORIANA COLAO, <i>L'« idea di nazione » nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento</i>	255
MASSIMO MECCARELLI, <i>Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi</i>	361
STEFANO MANNONI, <i>Sicurezza collettiva e mutamento nella comunità internazionale: l'eredità della 'Società delle nazioni'</i>	477
PAOLO GROSSI, <i>Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana</i>	493
 FIGURE DELL'ESPERIENZA	
ANTONIO IANNARELLI, <i>L'imprenditore agricolo e le origini del libro V del codice civile</i>	511
THOMAS KUEHN, <i>Conceptions (Ambiguities) of Property in early Renaissance Florence</i>	585
JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ, <i>Cuando la mujer no existía</i>	611

LETTURE

- DANIELA LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime* (G. Cazzetta) 631
- EDUARDO MARTIRÉ, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación americana* (M. Lorente) 639
- JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule* (P. Cappellini) 645

SEGNALAZIONI

- PAOLO CAPPELLINI, *Passato e presente del diritto naturale* 655
- PAOLO GROSSI, *Un libro nuovo, anzi novissimo: 'La Proprietà' di Ugo Mattei* 662

A PROPOSITO DI

- ANDREA BORTOLUZZI, *Globalizzazione e diritto: c'è ancora spazio per la legge?* 669
- DAMIANO CANALE, *Dibattito sulla codificazione e critica neo-illuminista: alcune considerazioni di metodo* (a proposito di P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*) 689
- PAOLO CAPPELLINI, *Avventure della 'razionalizzazione': critica e crisi di un paradigma della storiografia moderna* (A proposito di GABRIELLA VALERA (editor), *La Forma della Libertà. Categorie della razionalizzazione e storiografia*) 709
- PIO CARONI, *Occhiuto, ma non troppo: Savigny in Italia* (a proposito di LAURA MOSCATI, *Italianische Reise-Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*) 723
- MARIO A. CATTANEO, *Riflessioni sull'illuminismo giuridico* (a proposito di PAOLO BECCHI, *Giuristi e principi. Elementi per una storia della cultura giuridica moderna*) 735
- GIULIO CIANFEROTTI, *Diritto pubblico e scienza giuridica nella seconda metà del novecento* (A proposito di AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico » (2001); *Indice cumulativo 1951-2001*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico » (2001)) 741
- GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, *Crimini di stato, filosofia politica, diritto penale* (a proposito di GIULIANO VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei « delitti di Stato » nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*) 787
- JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Droit comparé et histoire du droit* (A proposito di PIERRE LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, 1999, et SABINO CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, 2000) 803
- FRANCO MODUGNO, *Presentazione degli 'Scritti giuridici scelti' di Carlo Esposito* 813
- GIOVANNI D'ALESSANDRO, *Nota bio-bibliografica di Carlo Esposito* 843

MARCO SABBIONETI, (A proposito di JEAN LOUIS HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996) 857

RAFFAELE VOLANTE, *Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo* (A proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania) 869

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del « Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno » nell'anno accademico 2000/2001. 917

I collaboratori del trentesimo « Quaderno »

Cesare VASOLI

Prof. Emerito di Storia della filosofia del Rinascimento — Università di Firenze

Giuseppe DUSO

Prof. Ordinario di Storia della filosofia politica — Università di Padova

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Gerhard DILCHER

Emerit. Professor für deutsche Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht — Universität Frankfurt/Main

Paolo NAPOLI

Maître de conférences — Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales — Paris

Paolo PASQUALUCCI

Prof. Emerito di Filosofia del diritto — Università di Perugia

Floriana COLAO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Massimo MECCARELLI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Stefano MANNONI

Prof. Straordinario di Storia delle costituzioni moderne — Università di Firenze

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Antonio IANNARELLI

Prof. Ordinario di Diritto agrario — Università di Bari

Thomas KUEHN

Professor of History — Clemson University

Josè Ramón NARVÀEZ HERNÁNDEZ

Dottorando di ricerca in Teoria e storia del diritto — Università di Firenze

Giovanni CAZZETTA

Prof. Straordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Marta LORENTE

Catedrática de Historia del derecho — Universidad Autónoma de Madrid

Paolo CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Andrea BORTOLUZZI

Notaio in Varese

Damiano CANALE

Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Padova

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero — Università di Berna

Mario A. CATTANEO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Padova/Treviso

Giulio CIANFEROTTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Siena

Giovannangelo DE FRANCESCO

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Pisa

Jean-Louis HALPÉRIN

Professeur d'Histoire du droit — Université de Bourgogne

Franco MODUGNO

Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Roma I

Giovanni D'ALESSANDRO

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale — Università di Roma I

Marco SABBIONETI

Dottorando di ricerca in Teoria e storia del diritto — Università di Firenze

Raffaele VOLANTE

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

INDICE TRENTENNALE (1972-2001)

Indice trentennale (1972-2001)

ABIGNENTE, Angelo

Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano su diritto e Stato: XXI (1992), p. 123

AJELLO, Raffaele

Formalismo e storia del diritto moderno: I (1972), p. 177

ALESSI PALAZZOLO, Giorgia

Furto e pena: aspetti del dibattito nel tardo diritto comune: II (1973), p. 535

recensione di

E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX: X (1981), p. 275*

ALTHUSIUS, Johannes

*Disputatio politica de Regno recte instituendo et administrando (a cura di Merio SCATTO-
LA): XXV (1995), p. 23*

ALVAREZ ALONSO, Clara

*El debate constitucional norteamericano entre la guerra del Vietnam y la guerra del golfo,
o la Constitución como pre-texto: XXVI (1997), p. 487*

ANDENAES, Mads Henry

*Die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft im norwegischen Recht: XI-XII (1982-
83), p. 973*

ANDREANI, Antonio

*La valutazione del fatto nel giudizio amministrativo e gli apprezzamenti tecnici della
pubblica amministrazione nel pensiero di F. Cammeo: XXII (1993), p. 475*

AQUARONE, Alberto

recensione di

M. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860: VII (1978), p. 484*

ARCHI, Giangualeberto

Due riflessioni per una rilettura di Savigny: IX (1980), p. 369

ARGYRIADIS, Charula

recensione di

J. GOODY, *La logique de l'écriture. Aux origines des sociétés humaines: XVII (1988), p. 445*

ARNAUD, André-Jean

Éléments de bibliographie récente en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne: I (1972), p. 441

La paix bourgeoise: II (1973), p. 147

Éléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (1re mise à jour: automne 1972): II (1973), p. 791

Le socialisme juridique à la 'belle époque': visages d'une aberration: III/IV (1974-75), p. 25

Éléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne (2e mise à jour: hiver 1976-77): V/VI (1976-77), p. 1117

ARNAUD-DUC, Nicole

Le socialisme juridique à la 'belle époque': visages d'une aberration: III/IV (1974-75), p. 25

ASSIER-ANDRIEU, Louis

recensione di

N. ARNAUD-DUC, *Droit, mentalité et changement social en Provence occidentale. Une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial, de 1785 à 1855: XV (1986), p. 413*

ATIAS, Christian

L'essai d'épistémologie juridique de François Gény: un chapitre oublié de « Science et technique »: XX (1991), p. 77

BAGNOLI, Paolo

A proposito di G. D. Romagnosi e dell'Antologia. Quattro lettere inedite di G. P. Vieusseux: XXI (1992), p. 605

BAGOLINI, Luigi

recensione di

B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica: III/IV (1974-75)*, p. 712**BAKER, John H.***The Inns of Court and Chancery as Voluntary Associations: XI/XII (1982-83)*, p. 9**BARILE, Paolo**

recensione di

G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945-1952: XXIV (1995)*, p. 378**BATTISTA, Anna Maria***Il primo Tocqueville sulla 'Democrazia politica' (in margine ad un saggio recente): X (1981)*, p. 9**BAZZOLI, Maurizio**

recensione di

V. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf: XXIV (1995)*, p. 382**BECCHI, Paolo***Anton Friedrich Justus Thibaut. Appunti su una bibliografia: XIX (1990)*, p. 621**BELLINI, Piero***Temi di diritto pubblico ecclesiastico nel pensiero di Antonio Rosmini: XIV (1985)*, p. 199*«Deus agit in homine» - Considerazioni metodologiche sui postulati teocentrici della riflessione canonistica: XVII (1988)*, p. 81**BENÖHR, Hans-Peter***Zur Rechtsgeschichte der Usa: XV (1986)*, p. 507

recensione di

Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland: XIV (1985), p. 473

BERTI, Giorgio

Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà: V/VI (1976-77), p. 991

La parabola della Persona Stato (e dei suoi organi): XI-XII (1982-83), p. 1001

BIANCO, Franco

Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti: VII (1978), p. 13

BJARUP, Jes

The Concept of a Person according to Anders Sandoe Ørsted: XI-XII (1982-83), p. 461

BIEBACK, Karl-Jürgen

Entwicklungsgeschichtliche und funktionale Aspekte der gegenwärtigen Bedeutung der Körperschaft des öffentlichen Rechts: XI-XII (1982-83), p. 859

BIROCCHI, Italo

Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali — Il contratto trino e la 'natura contractus': XIX (1990), p. 243

Notazioni sul contratto (A proposito di un recente lavoro di G. ALPA): XIX (1990), p. 637

BOBBIO, Norberto

François Gény: una prefazione: XX (1991), p. 181

BOGNETTI, Giovanni

recensione di

P. BISCARETTI DI RUFFIA - G. CRESPI REGHIZZI, *La Costituzione sovietica del 1979. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS: VIII (1979), p. 363*

BORTOLUZZI, Andrea

Ordine giuridico del mercato o ordine del mercato e ordine giuridico?: XXVIII (1999), p. 1115

Globalizzazione e diritto: c'è ancora spazio per la legge?: XXX (2001), p. 669

BRANCADORO, Gian Luca

La Rivista di diritto commerciale (1903-1922): XVI (1987), p. 343

BRAUN, Johann

Der Besitzrechtsstreit zwischen F.C. von Savigny und Eduard Gans — Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse: IX (1980), p. 457

BRAUNEDER, Wilhelm

Von der Moralischen Person des ABGB zur Juristischen Person der Privatrechtswissenschaft: XI-XII (1982-83), p. 263

BRAVO, Gian Mario

A proposito di costituzione e di costituzionalismo (intorno a Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale): XXVII (1998), p. 461

BRAVO LIRA, Bernardino

Entre dos constituciones, historica y escrita. Scheinkonstitutionalismus en España, Portugal e Hispanoamérica: XXVII (1998), p. 151

BRECCIA, Umberto

Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato — Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale: XXVIII (1999), p. 293

BRETONE, Mario

Il paradosso di una polemica: VII (1978), p. 113

Il 'Beruf' e la ricerca del 'tempo classico': IX (1980), p. 189

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 447

BRUNELLI, Giuditta

Alle origini dei limiti alla libertà di associazione politica. Giurisprudenza e prassi di fine Ottocento: XVIII (1989), p. 395

BRUTTI, Massimo

*Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica (A proposito di André Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*): III/IV (1974-75), p. 763*

L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny: V/VI (1976-77), p. 41

Storiografia e critica del sistema pandettistico: VIII (1979), p. 317

La sovranità del volere nel sistema di Savigny: IX (1980), p. 265

Antiformalismo e storia del diritto — Appunti in memoria di Riccardo Orestano: XVIII (1989), p. 675

BÜLOW, Oskar

Legge e ufficio del giudice (trad. e postfazione di P. PASQUALUCCI): XXX (2001), p. 199

BURMAN, Sandra

Législation for Social Change in a 'multi-cultural' Society: XIV (1985), p. 173

CALVI, Alessandro Alberto

Ugo Spirito criminalista (Riflessioni sulla terza edizione della *Storia del diritto penale italiano*): III-IV (1974-75), p. 801

CAMMELLI, Marco

recensione di

G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*: XXVI (1997), p. 454

CANALE, Damiano

Dibattito sulla codificazione e critica neo-illuministica: alcune considerazioni di metodo (a proposito di P. BECCHI, *Ideologie della codificazione in Germania. Dalla recezione del codice napoleonico alla polemica sulla codificazione*): XXX (2001), p. 689

CANNADA BARTOLI, Eugenio

Il 'Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa' e il suo sistema: XXII (1993), p. 279

Novità della tradizione: XXV (1996), p. 731

CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi

Sir Henry S. Maine e l'Antient Law: X (1981), p. 83

Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello Stato: XVIII (1984), p. 451

A cent'anni dalle 'Res Mancipi' di Pietro Bonfante: **XVII (1988)**, p. 111

Jhering e 'Lo spirito del diritto romano': **XXI (1992)**, p. 177

CAPPELLINI, Paolo

Sulla formazione del moderno concetto di 'Dottrina generale del diritto' (a proposito di M. LIPP, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der allgemeinen Lehren des Deutschen Privatrechts): **X (1981)**, p. 323

Cinque secoli di giurisprudenza tedesca: presenze e assenze: **XIII (1984)**, p. 549

Scienza civilistica, 'rivoluzioni' industriali, analisi economica del diritto: verso una neopandettistica 'involontaria'?: **XV (1986)**, p. 523

Franz Wieacker civilista: **XXIV (1995)**, p. 595

One Way System? (a proposito di N. IRTI, Codice civile e società politica e G. VETTORI a cura di, Persona e mercato — Lezioni): **XXV (1996)**, p. 515

Le confessioni di un Selbstdenker (a proposito di N. D. NÖRR, Savignys philosophische Lehrjahre e F. C. von SAVIGNY, Landrechtsvorlesung 1824): **XXV (1996)**, p. 523

Il fascismo invisibile — Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime: **XXVIII (1999)**, p. 175

Napoleonica (A proposito di M. GLASER, Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1996, pp. XI-188; J.L. HALPERIN, Le Code Civil, Paris, Dalloz, 1996, pp. 146; J.L. HALPÉRIN, Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris, PUF, 1996, pp. 377; S. SOLIMANO, Verso il Code Napoléon. Il Progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799), Milano, Giuffrè, 1998, p. 427): **XXIX (2000)**, p. 487

Avventure della 'razionalizzazione': critica e crisi di un paradigma della storiografia moderna (A proposito di GABRIELLA VALERA (editor), La Forma della Libertà. Categorie della razionalizzazione e storiografia): **XXX (2001)**, p. 709

recensione di

J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*: **XV (1986)**, p. 467

R. SCHULZE, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*: **XV (1986)**, p. 480

M. STOLLEIS, *Pecunia nervus rerum. Zur Staatsfinanzierung der frühen Neuzeit*: **XV (1986)**, p. 488

M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. I B. 1600-1800*: **XVII (1988)**, p. 464

R. SCHNUR, *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*: **XVIII (1989)**, p. 553

U. FALCK, *Ein Gelehrter wie Windscheid*: **XIX (1990)**, p. 587

I. STAFF, *Staatsdenken im Italien des 20. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Carl Schmitt — Rezeption*: **XXI (1992)**, p. 572

- E. M. THEEWEN, *Napoléons Anteil am Code civil*: **XXI (1992)**, p. 585
- C. VARGA, *Codification as a socio-historical Phenomenon*: **XXI (1992)**, p. 595
- S. GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen*: **XXIII (1994)**, p. 410
- A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794*: **XXIII (1994)**, p. 45
- G. ACHENWALL- J.S. PUTTER, *Anfangsgründe des Naturrechts*: **XXVI (1997)**, p. 409
- D. KLIPPEL, *Naturrecht im 19. Jahrhundert; Recht zwischen Natur und Geschichte. Le droit entre nature et histoire*: **XXVI (1997)**, p. 437
- K.H.L. WELKER, *Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann*: **XXVI (1997)**, p. 468
- M. WOLF, *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker. Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*: **XXVII (1998)**, p. 447
- J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*: **XXX (2001)**, p. 645

segnalazioni di

Passato e presente del diritto naturale: **XXX (2001)**, p. 655

CAPRIOLI, Severino

Satura lanx 13. Una lettera per Accursio, ovvero filologia mistica: **VIII (1979)**, p. 307

CARAVALE, Mario

Ricordo di Guido Astuti: **X (1981)**, p. 531

recensione di

L. MOSCATI, *In materia d'acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*: **XXIV (1995)**, p. 401

CARBONNIER, Jean

Postface: **XX (1991)**, p. 537

CARDIA, Carlo

Diritto e famiglia negli anni '30-'50: **XXVIII (1999)**, p. 853

CARONI, Pio

Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907: **III/IV (1974-75)**, p. 273

L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo: V/VI (1976-77), p. 1009

La cifra codificatoria nell'opera di Savigny: IX (1980), p. 69

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 433

*Occhiuto, ma non troppo: Savigny in Italia (a proposito di LAURA MOSCATI, *Italianische Reise-Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*): XXX (2001), p. 723*

recensione di

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco: X (1981), p. 251*

A.F. THIBAUT- F. C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione: XIII (1984), p. 540*

F.C. von SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842: XXIV (1995), p. 410*

CARRATA, Nunzia

Bibliografia di Lodovico Mortara: XIX (1990), p. 121

CASAVOLA, Franco

Jhering su Savigny: X (1981), p. 507

CASSETTA, Elio

Continuità ed evoluzione nello studio del diritto pubblico: XXV (1996), p. 743

CASSESE, Sabino

Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano: I (1972), p. 243

Socialismo giuridico e « diritto operaio ». La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico: III/IV (1974-75), p. 495

Lo Stato, « stupenda creazione del diritto » e « vero principio di vita », nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911): XVI (1987), p. 501

Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo: XIX (1990), p. 5

recensione di

A.B. BOZEMAN, *The Future of Law in a multicultural World: II (1973), p. 719*

CASTRUCCI, Emanuele

Rileggendo Radbruch: XVII (1988), p. 487

Una difficile ontologia sociale (A proposito di una recente interpretazione di Bonald): **XIX (1990), p. 661**

recensione di

P. BARCELLONA, *L' individualismo proprietario*: **XVII (1988), p. 425**

CATALANO, Gaetano

recensione di

F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*: **III/IV (1974-75), p. 738**

CATTANEO, Mario A.

Una recente interpretazione dell'ultimo Feuerbach (A proposito di G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*): **VIII (1979), p. 423**

Savigny e Feuerbach: **IX (1980), p. 307**

Il diritto penale nel pensiero di Ludwig Heinrich Jakob: **XIII (1984), p. 331**

Riflessioni sull'illuminismo giuridico (a proposito di PAOLO BECCHI, *Giuristi e principi. Elementi per una storia della cultura giuridica moderna*): **XXX (2001), p. 735**

recensione di

J. SANDWEG, *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis*: **III/IV (1974-75), p. 741**

CAVANNA, Adriano

recensione di

G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 (con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873)*: **V/VI (1976-77), p. 959**

CAZZANIGA, Gian Mario

Un dibattito sulle forme storiche di proprietà: **XIV (1985), p. 507**

CAZZETTA, Giovanni

Una costituzione 'sperimentale' per una società ideale. Modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti: **XV (1986), p. 307**

Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento: **XVII (1988), p. 155**

Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini (A proposito di U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*): **XXV (1996), p. 543**

L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica: **XXVIII (1999), p. 511**

recensione di

I.-L. HALPERIN, *L'impossible Code civil*: **XXIII (1994), p. 435**

D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*: **XXX (2001), p. 631**

CERRI, Augusto

Marsilio e Rousseau, teoria di una « chiusa » democrazia cittadina: **XVIII (1989), p. 13**

CERULLI IRELLI, Vincenzo

Le prime trattazioni del diritto amministrativo italiano e il 'Corso' di Federico Cammeo: **XXII (1993), p. 329**

CERVELLI, Innocenzo

recensione di

R. GHERARDI, *Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento*: **XI/XII (1982-83), p. 1098**

CESA, Claudio

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 383**

recensione di

G. MARINI, *Libertà soggettiva e libertà oggettiva nella 'Filosofia del diritto' hegeliana*: **VIII (1979), p. 389**

P. BECCHI, *Oltre le righe. Hegel e il dibattito intorno alle sue lezioni*: **XXVII (1998), p. 401**

CHELLI, Enzo

Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale (A proposito di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*): **XIX (1990), p. 669**

CHITI, Mario P.

Federico Cammeo comparatista: **XXII (1993), p. 531**

CIANFEROTTI, Giulio

Gli scritti giovanili di Federico Cammeo (1892-1899): **XXII (1993), p. 105**

Diritto pubblico e scienza giuridica nella seconda metà del XX secolo (A proposito di AA.VV., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico » (2001); *Indice cumulativo 1951-2001*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico » (2001): **XXX (2001), p. 741**

CIPRIANI, Franco

Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara: **XIX (1990), p. 85**

Bibliografia di Lodovico Mortara: **XIX (1990), p. 121**

Federico Cammeo e la 'procedura civile': **XXII (1993), p. 561**

La cauzione per le spese tra Codice fascista e Costituzione repubblicana: **XXIX (2000), p. 435**

CLAVERO, Bartolomé

'La propiedad considerada como capital': en los orígenes doctrinales del derecho actual español: **V/VI (1976-77), p. 509**

Historia, ciencia, política del derecho: **VIII (1979), p. 5**

Hispanus fiscus, Persona ficta. Concepción del sujeto político en el jus commune moderno: **XI/XII (1982-83), p. 95**

Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia: **XIII (1984), p. 561**

De la religión en el derecho historia mediante: **XV (1986), p. 531**

Amortizatio — Ilusión de la palabra: **XVII (1988), p. 319**

De los dudosos orígenes de los derechos humanos (a proposito de un fallido encuentro entre los *Droits de l'homme* y los *Natural Rights*): **XVII (1988), p. 499**

Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio: **XVIII (1989), p. 79**

Del estado presente a la familia pasada (a proposito de estudios acerca de la « *Familia aristocratica* » asi como tambien de la « *Familia Mediterranea* »): **XVIII (1989), p. 583**

El método entre infieles o el Código en España: **XX (1991), p. 27**

Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho: **XXI (1992), p. 37**

Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por America: **XXIII (1994), p. 81**

Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a proposito de '*Une et indivisible*' de MANNONI, '*Sovrano tutore*' de MANNORI, y un curso mío): **XXIV (1995), p. 417**

Imperio de la ley y 'rule of law': léxico jurídico y tónica constitucional: **XXV (1996), p. 285**

Blasón de Bártolo y baldón de Valla (a propósito de una gramática de signos): **XXV (1996), p. 573**

Derechos indígenas versus derechos humanos (a propósito de un *proyecto* de Naciones Unidas): **XXVI (1997), p. 549**

Les domaines de la propriété, 1789-1814: propriétés y propiedad en el laboratorio revolucionario: **XXVII (1998), p. 269**

Positive Morality: la incógnita decimonónica del derecho internacional (A propósito de 'Potenza e Ragione' de Stefano MANNONI): **XXVIII (1999), p. 1127**

Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe: **XXIX (2000), p. 87**

Código entre indígenas (a propósito de *La codificación del siglo XIX*, de Carlos RAMOS): **XXIX (2000), p. 495**

Freedom's law and oeconomic status: the euroamerican constitutional moment in the 18th Century: **XXX (2001), p. 81**

recensione di

J. CASEY, *The History of the Family*: **XIX (1990), p. 584**

COLAO, Floriana

L' « idea di nazione » nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento: **XXX (2001), p. 255**

CONDORELLI, Mario

recensione di

G. CATALANO, *Studi sulla legazia apostolica di Sicilia*: **III/IV (1974-75), p. 655**

CONTICELLI, Giulio

Alle radici del modello moderno di Stato e società civile nella cultura teologico-giuridica postumanistica (A proposito di F. B. COSTELLO, *The Political Philosophy of Louis de Molina*): **VII (1978), p. 531**

CORCIULO, Maria Sofia

Il Marongiu « minore » (intorno alle opere minori dello storico del diritto e delle istituzioni Antonio Marongiu (1902-1989)): **XXV (1996), p. 755**

CORPACI, Alfredo

Note su la dottrina amministrativistica italiana e la giustizia amministrativa tra fascismo e repubblica: **XXVIII (1999), p. 961**

CORREA BALLESTER, Jorge(con **García Trobat, Pilar**)*Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España: XXVI (1997), p. 19***CORTESE, Ennio***Giuliana D'Amelio Caracciolo: V/VI (1976-77), p. 1125***COSTA, Pietro***Semantica e storia del pensiero giuridico: I (1972), p. 45**Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvio: III/IV (1974-75), p. 457**Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza (in margine a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* di ANTONIO DE GENNARO): V/VI (1976-77), p. 1031**Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia: VII (1978), p. 311**L'interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento: XX (1991), p. 367**Lo "Stato totalitario": un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo: XXVIII (1999), p. 61*

recensione di

G. DE CRESCENZO, *Francis Hutcheson e il suo tempo: I (1972), p. 397*D. SCHWAB, *Die 'Selbstverwaltungsidee' des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen: II (1973), p. 773*F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale: V/VI (1976-77), p. 926**Vorstudien zur Rechtsbistorie: VII (1978), p. 508*R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica prima di Thomas Hobbes (1600-1640): VIII (1979), p. 411*L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo: XIV (1985), p. 494*P. LEGENDRE, *Leçons II. L'empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels; Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident: XVII (1988), p. 448*S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo: XVIII (1989), p. 550*E. BETTI, *Diritto, metodo, ermeneutica. Scritti scelti: XXIII (1994), p. 399*J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350): XXIII (1994), p. 459*G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale: XXVIII (1999), p. 1088*

segnalazione di

V. CONTI, *Paolo Mattia Doria. Dalla repubblica dei togati alla repubblica dei notabili*: **VIII (1979), p. 418**

Quaderni di storia dell'economia politica: **XIII (1984), p. 768**

Dire la norme: **XIX (1990), p. 616**

COUTO E SILVA (do), Clovis

Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procédure civile (L'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow): **XIV (1985), p. 243**

Le droit civil brésilien — Aperçu historique et perspectives d'avenir: **XVIII (1989), p. 147**

Pontes de Miranda: **XVIII (1989), p. 735**

CRAVERI, Piero

A proposito di pluralismo e neocorporativismo nelle relazioni industriali: **XIII (1984), p. 579**

De Gasperi e la legge elettorale del 1953: **XIX (1990), p. 163**

CRESPI, Alberto

recensione di

A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*: **II (1973), p. 753**

CRESPI REGHIZZI, Gabriele

Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica (In margine a: Norbert REICH, Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem): **III/IV (1974-75), p. 845**

Una storiografia giuridica sovietica (A proposito di Sovetskaja istorikopravovaja nauka. Ocerki stanovlenija i razvitiija): **XI/XII (1982-83), p. 1131**

La storia del diritto cinese in un manuale per l'insegnamento: **XIV (1985), p. 529**

Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese: **XV (1986), p. 551**

CRIFÒ, Giuliano

Emilio Betti, Note per una ricerca: **VII (1978), p. 165**

Bonfante e Betti (una lettera del 1927): **XVII (1988), p. 507**

CRUZ VILLALON, Pedro

Razón de Constitución (Tomás y Valiente magistrado): **XXVI (1997), p. 717**

D'ALESSANDRO, Giovanni

Nota bio-bibliografica di CARLO ESPOSITO: **XXX (2001), p. 843**

D'AMELIO, Giuliana

Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni: **III/IV (1974-75), p. 431**

recensione di

A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI:* **I (1972), p. 419**

DE BENEDICTIS, Angela

recensione di

G. DILCHER, *Bürgerrecht und Stadtverfassung im europäischen Mittelalter:* **XXVI (1997), p. 416**

DE FEDERICIS, Nico

recensione di

E. CAFAGNA, *La Libertà nel mondo. Etica e scienza dello stato nei « Lineamenti di filosofia del diritto » di Hegel:* **XXVIII (1999), p. 1081**

DE FRANCESCO, Giovannangelo

Crimini di stato, filosofia politica, diritto penale (a proposito di GIULIANO VASSALLI, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei « delitti di Stato » nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista): **XXX (2001), p. 787**

DE GENNARO, Antonio

Emilio Betti. Dallo storicismo idealistico all'ermeneutica: **VII (1978), p. 79**

DE LA CUESTA SAENZ, José Maria

Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española: **XX (1991), p. 319**

DE LOS MOZOS, José María

La renovación dogmática del concepto de 'causa' del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española: VII (1978), p. 421

La evolución del concepto de persona jurídica en el derecho español: XI/XII (1982-83), p. 833

Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény: XX (1991), p. 119

DE MARINI AVONZO, Franca

La filologia romanistica di Savigny: IX (1980), p. 245

DE NITTO, Achille

Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia: XI/XII (1982-83), p. 631

DENTI, Vittorio

La Rivista di diritto processuale civile: XVI (1987), p. 631

DE PASCALE, Carla

Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl: XIII (1984), p. 407

DE SANCTIS, Francesco

Lorenz von Stein. Un 'Realist im idealistischen Mantel'?: II (1973), p. 275

Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein: V/VI (1976-77), p. 105

recensione di

E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo: XXI (1992), p. 545*

DIESELHORST, Malte

Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny: XI/XII (1982-83), p. 319

DILCHER, Gerhard

Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein 'Juristensozialismus' Otto v. Gierkes?: III/IV (1974-75), p. 319

Recht ohne Staat — Rechtsdurchsetzung ohne Staat? Überlegungen zur Rolle der Zwangsgewalt im mittelalterlichen Rechtsbegriff: XXX (2001), p. 139

recensione di

J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » aus deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert: XI/XII (1982-83), p. 1123*

DI MAJO, Adolfo

Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico: III/IV (1974-75), p. 383

recensione di

D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: II (1973), p. 722*

DÖLEMAYER, Barbara

Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): VIII (1979), p. 501

DUFOUR, Alfred

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 347

Essai d'interprétation des parallèles droit-langages et jurisprudence-mathématiques dans la pensée de l'auteur du 'Vom Beruf' — Réflexions en marge du rapport du professeur Mario Bretonne: Il 'Beruf' e la ricerca del 'tempo classico': IX (1980), p. 379

La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques: XI/XII (1982-83), p. 685

Hommage au Professeur Michel Villey: XVIII (1989), p. 731

recensione di

E. H. KADEN, *Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze: III/IV (1974-75), p. 707*

F. PALLADINI, *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno: XXI (1992), p. 553*

V. PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali: XXI (1992), p. 560*

D'URSO, Francesco

Persona giuridica e responsabilità penale. Note storico-giuridiche a proposito di recenti riforme: XXIX (2000), p. 511

DUSO, Giuseppe

La rappresentanza politica e la sua struttura speculativa nel pensiero hegeliano: XVIII (1989), p. 43

Althusius e l'idea federalista: XXI (1992), p. 611

Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e la costituzione del regno: XXV (1996), p. 65

«Repräsentative Demokratie: Entstehung, Logik und Aporien ihrer Grundbegriffe»: XXX (2001), p. 45

DUX, Günter

Egalität als Selbstbehauptung. Zur Genese von Norm und Recht: XIII (1984), p. 151

ELLUL, Jacques

Réflexions sur la spécificité du droit: II (1973), p. 7

FANTAPPIÉ, Carlo

Alle origini della codificazione pio-benedettina — Nuovi sviluppi delle teorie canonistiche sotto il pontificato di Leone XIII: XXV (1996), p. 347

FARALLI, Carla

Sociologia e storia: XIII (1984), p. 223

Storia e diritto nel pensiero di John Dewey: XV (1986), p. 401

FARENGA, Luigi

La Rivista di diritto commerciale (1903-1922): XVI (1987), p. 343

FAUCCI, Riccardo

Revisione del marxismo e teoria economica della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri): V/VI (1976-77), p. 587

Due libri sulla cultura economica in Italia nell'età del 'Socialismo della cattedra': X (1981), p. 355

Dall'« economia programmata » corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti: XXVIII (1999), p. 9

recensione di

P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione.*

Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo: X (1981), p. 290

FEBBRAJO, Alberto

Prefazione: XIII (1984), p. 3

Storia e sociologia del diritto: XIII (1984), p. 7

Prefazione: XIV (1985), p. 3

Sociologia e antropologia del diritto: XIV (1985), p. 7

FERRARESE, Maria Rosaria

recensione di

V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto 1. Azione giuridica e sistema normativo: XXVII (1998), p. 408*

FERRARI, Erminio

L'interesse legittimo secondo Federico Cammeo tra amministrazione e giurisdizione: XXII (1993), p. 421

FERRARI, Vincenzo

recensione di

J. CARBONNIER, *Renato Treves et la sociologie du droit. Archéologie d'une discipline: XXV (1996), p. 494*

FERREIRA DA CUNHA, Paulo

La polémique du premier manuel d'histoire du droit portugais, de Mello Freire: XXIII (1994), p. 487

La restauration portugaise et sa théorie constitutionnelle: XXVII (1998), p. 43

FERRI, Giovanni B.

Alla ricerca dell'« imprenditore » agricolo e del tempo perduto a cercarlo dove non si trovava: XXI (1992), p. 339

Metodi e cultura nella formazione del civilista (a proposito di una recente iniziativa editoriale): XXVI (1997), p. 571

Patologie contrattuali e circolazione della proprietà: XXVIII (1999), p. 881

FIORAVANTI, Maurizio

Per l'interpretazione della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento: problemi e prospettive (A proposito di Peter von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*): **V/VI (1976-77), p. 1097**

Un frammento di storia della cultura giuridica dell'Ottocento tedesco (A proposito del Carteggio Jhering-Gerber 1849-1872, a cura di Mario G. LOSANO): **VII (1978), p. 545**

Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo: **IX (1980), p. 319**

Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca: **X (1981), p. 169**

Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica: **XIII (1984), p. 591**

Costituzione, Governo e Classe politica: **XIV (1985), p. 561**

Costituzione, Stato e politiche costituzionali nell'opera di Giorgio Arcoleo: **XV (1986), p. 355**

Alle origini di una disciplina giuridica: la giuspubblicistica italiana e le sue prime Riviste (1891-1903): **XVI (1987), p. 209**

Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale (A proposito di U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*): **XIX (1990), p. 669**

Quale futuro per la Costituzione?: **XXI (1992), p. 623**

I presupposti costituzionali dell'opera giuridica di Federico Cammeo: **XXII (1993), p. 165**

recensione di

Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäischen Ansichten: **XV (1986), p. 497**

A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo, I, Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*: **XVII (1988), p. 452**

I. BIROCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le 'leggi fondamentali' nel triennio rivoluzionario (1793-96)*: **XXII (1993), p. 591**

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*: **XXIII (1994), p. 475**

E.J. HAHN, *Rudolf von Gneist 1816-1895. Ein Politischer Jurist in der Bismarckzeit*: **XXV (1996), p. 490**

C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*; G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*: **XXVI (1997), p. 430**

B. CLAVERO, *Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales*: **XXVII (1998), p. 405**

A. PREDIERI, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio, e la guerra, il nemico, l'amico, il partigiano. Ernst Jünger e Carl Schmitt*: **XXVIII (1999), p. 1095**

Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: XXIX (2000), p. 463

FISCHER, Michael

recensione di

I. TAMMELO, *Zur Philosophie des Überlebens: V/VI (1976-77), p. 982*

FRANCHI, Giuseppe

La Cassazione secondo Calamandrei. Una rilettura: VII (1978), p. 565

recensione di

M. VELLANI, *Il Pubblico Ministero nel processo: I (1972), p. 429*

FURGIUELE, Giovanni

La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931 « Un organo speciale del movimento scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo » e di « indirizzo » dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo: XVI (1987), p. 519

François Gény civilista, o dell'« application d'une méthode critique d'interprétation » del diritto (a proposito di « Des droits sur les lettres missives »): XX (1991), p. 497

Ipotesi e frammenti tra teoria e storia del diritto civile dell'Italia repubblicana (a proposito de La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative): XXV (1996), p. 617

GACTO FERNANDEZ, Enrique

recensione di

J. MARTINEZ GIJON, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consultado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina: X (1981), p. 272*

GADAMER, Hans Georg

Emilio Betti und dans idealistische Erbe: VII (1978), p. 5

GAJA, Giorgio

Le prime annate della « Rivista di diritto internazionale » ed il rinnovamento del metodo: XVI (1987), p. 485

GALGANO, Francesco

Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema: V/VI (1976-77), p. 681

GALIZIA, Mario

Il 'Positivisme juridique' di Raymond Carré de Malberg: II (1973), p. 335

GARCIA, Carmen

El reformismo borbónico y la fiscalidad local: XXVI (1997), p. 55

GARCIA TROBAT, Pilar

(con **Correa Ballester, Jorge**)

Centralismo y administración: los intendentes borbónicos en España: XXVI (1997), p. 19

(con **Peset, Mariano**)

Francisco Tomás y Valiente, investigador y maestro (a propósito de la publicación de sus «Obras Completas»): XXVII (1998), p. 497

GARRE' Roy

recensione di

R. STEPPACHER, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR: XXIII (1994), p. 457*

GERRATANA, Valentino

Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico: III/IV (1974-75), p. 55

GHISALBERTI, Carlo

recensione di

Projet du Code civil de la République Romaine (1798): V/VI (1976-77), p. 954

GIANFORMAGGIO, Letizia

recensione di

H. KELSEN, *Teoria generale delle norme: XV (1986), p. 431*

Legal Philosophical Library. An International Bibliography of Philosophy and Theory of Law. Norberto Bobbio. A Bibliography: XV (1986), p. 439

GIANNINI, Massimo Severo

Profili storici della scienza del diritto amministrativo: II (1973), p. 179

Federico Cammeo il grande: XXII (1993), p. 7

GIARRIZZO, Giuseppe

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 389**

recensione di

Pietro Giannone e il suo tempo — Atti del Convegno di studi nel tricentenario della nascita: X (1981), p. 260

GIBERT, Rafael

El curso de don Galo: XIII (1984), p. 641

GIULIANI, Alessandra

Omaggio ad Alessandro Giuliani (configurando una idea 'classica' e una idea 'moderna' di comunità): XXIX (2000), p. 1

GIULIANI, Alessandro

recensione di

G. FASSO, *Vico e Grozio: II (1973), p. 731*

F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo (Il problema della legge nella Scolastica spagnola del sec. XVI): V/VI (1976/77), p. 985*

La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile: XVIII (1989), p. 561

GONZALEZ ALONSO, Benjamin

Algunas consideraciones sobre la historia del derecho español (A proposito de Francisco TOMAS Y VALIENTE, Manual de historia del derecho español): X (1981), p. 361

Recuerdo de Francisco Tomás y Valiente, universitario e historiador del derecho: XXVI (1997), p. 663

GORDILLO CAÑAS, Antonio

La costumbre: ¿fuente autónoma del derecho? Una reflexión desde la experiencia del sistema de fuentes del derecho en el Código civil español: XXI (1992), p. 387

GRANDE, Elisabetta

Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli: XXIX (2000), p. 173

GRASSO, Eduardo

Le "storie" di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi: XXIII (1994), p. 499

Note a Montesano: XXV (1996), p. 665

GRIMM, Dieter

recensione di

E.V. HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft: XIV (1985), p. 490*

GROSSI, Paolo

Pagina introduttiva: I (1972), p. 1

Usus facti — La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova: I (1972), p. 287

Pagina introduttiva: II (1973), p. 1

Pagina introduttiva: III/IV (1974-75), p. 1

Pagina introduttiva: V/VI (1976-77), p. 1

Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà: V/VI (1976-77), p. 201

Pagina introduttiva: VII (1978), p. 1

Omaggio a Edoardo Ruffini (Discorrendo d'una singolare esperienza di studio e di due libri singolari): VII (1978), p. 575

Pagina introduttiva: VIII (1979), p. 1

Pagina introduttiva: IX (1980), p. 1

Introduzione ai lavori del Seminario internazionale di studio su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 15

Pagina introduttiva: X (1981), p. 1

Pagina introduttiva: XI/XII (1982-83), p. 1

*Sulla storia del pensiero giuridico (A proposito di N.J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Historia do pensamento juridico*): XI/XII (1982-83), p. 1147*

Pagina introduttiva: XIII (1984), p. VII

'Istituzioni di diritto privato' e tradizione romanistica: XIII (1984), p. 651

Pagina introduttiva: XIV (1985), p. VII

'Gradus in dominio'— Zsius e la teorica del dominio diviso: XIV (1985), p. 373

Un paradiso per Pothier — Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna': XIV (1985), p. 401

Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica: XIV (1985), p. 587

Pagina introduttiva: XV (1986), p. 1

La fantasia nel diritto: XV (1986), p. 589

Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni): XV (1986), p. 593

Pagina introduttiva: XVI (1987), p. 1

Pagina introduttiva: XVII (1988), p. 3

Pensiero giuridico (Appunti per una 'voce' enciclopedica): XVII (1988), p. 263

La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico: XVII (1988), p. 359

Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni): XVII (1988), p. 518

Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva « Introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano): XVII (1988), p. 533

Ricordo di Giovanni Tarello: XVII (1988), p. 621

Pagina introduttiva: XVIII (1989), p. 1

La cultura giuridica di Giovanni Zuconi: XVIII (1989), p. 171

« Il coraggio della moderazione » (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco): XVIII (1989), p. 197

« Dominia » e « Servitutes » (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù): XVIII (1989), p. 331

Pagina introduttiva: XIX (1990), p. 1

Ideologia e tecnica in una definizione giuridica — La definizione obertina di feudo dai Glossatori a Cujas: XIX (1990), p. 179

La categoria del dominio utile e gli 'homines novi' del quadrivio cinquecentesco: XIX (1990), p. 209

Assolutismo giuridico e proprietà collettive: XIX (1990), p. 505

Sui 'Classici' del diritto (Per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi): XIX (1990), p. 699

Pagina introduttiva — Ripensare Gény: XX (1991), p. 1

Pagina introduttiva: XXI (1992), p. 1

Pagina introduttiva: XXII (1993), p. 1

Pagina introduttiva: **XXIII (1994), p. 1**

Pagina introduttiva: **XXIV (1995), p. 1**

Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara): **XXIV (1995), p. 469**

Omaggio a un 'classico' della didattica giuridica universitaria (a proposito della trentesima edizione delle 'Istituzioni di diritto civile' di Alberto Trabucchi): **XXIV (1995), p. 477**

Pagina introduttiva: **XXV (1996), p. 1**

Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale): **XXV (1996), p. 267**

Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente): **XXV (1996), p. 771**

Pagina introduttiva: **XXVI (1997), p. 1**

Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico): **XXVI (1997), p. 377**

Pagina introduttiva: **XXVII (1998), p. 1**

Modernità politica e ordine giuridico: **XXVII (1998), p. 13**

Itinerari dell'assolutismo giuridico — Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara: **XXVII (1998), p. 169**

Aequitas canonica: **XXVII (1998), p. 379**

Pagina introduttiva: **XXVIII (1999), p. 1**

Itinerari dell'impresa: **XXVIII (1999), p. 999**

C'era una volta l'Università in Italia: **XXVIII (1999), p. 1141**

Pagina introduttiva: **XXIX (2000), p. 1**

Oltre le mitologie giuridiche della modernità: **XXIX (2000), p. 217**

*Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di: MARIA ROSARIA FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione — Diritto e diritti nella società trans-nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000)*: **XXIX (2000), p. 551**

Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei 'Quaderni Fiorentini'): **XXX (2001), p. 1**

Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana: **XXX (2001), p. 493**

segnalazioni di

Repertorium bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae: **III/IV (1974-75), p. 869**

Storia del pensiero economico — Bollettino di informazione: **III/IV (1974-75), p. 869**

- Zeitschrift für historische Forschung*: III/IV (1974-75), p. 870
- Due nuovi periodici storico-giuridici nell'area ispana-ispano-americana*: VII (1978), p. 521
- 'Momenti del pensiero giuridico moderno'*: VII (1978), p. 522
- 'Il sangue e la terra'*: VII (1978), p. 523
- Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*: VIII (1979), p. 417
- 'Itinera juris': l'itinerario storico-giuridico di Alexander Beck*: X (1981), p. 417
- 'Savigny y la ciencia del derecho'*: X (1981), p. 418
- 'Rechtsgeschichtliche Aufsätze' di Peter Liver*: XI/XII (1982-83), p. 1181
- Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*: XI/XII (1982-83), p. 1182
- Per Norberto Bobbio*: XIII (1984), p. 763
- Le categorie della cultura medievale*: XIII (1984), p. 764
- La nuova edizione di un fortunato 'Curso de Historia del derecho español'*: XIII (1984), p. 766
- Un messaggio per la cultura giuridica europea*: XIV (1985), p. 635
- Presenza di Calamandrei*: XV (1986), p. 501
- Di un intelligente operaio e dell'opera sua*: XVII (1988), p. 481
- La formazione del diritto civile*: XVII (1988), p. 483
- Códigos y Constituciones*: XVIII (1989), p. 575
- « *La lotta per la scienza del diritto* »: XVIII (1989), p. 576
- « *L'Indice penale* »: venti anni di vita: XVIII (1989), p. 577
- Una ristampa benvenuta*: XVIII (1989), p. 579
- Per il centenario del 'Código civil' spagnolo del 1889*: XIX (1990), p. 616
- La fortuna di Chiovenda*: XXII (1993), p. 640
- Per il ventesimo volume di « Ius Commune »*: XXII (1993), p. 641
- Un libro nuovo, anzi novissimo: 'La Proprietà' di Ugo Mattei*: XXX (2001), p. 662

GUZMAN BRITO, Alejandro

Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena: VII (1978), p. 601

recensione di

D. NELLE, *Entstehung und Ausstrahlungswirkung des chilenischen Zivilgesetzbuchs von Andrés Bello*: XIX (1990), p. 601

HALPERIN, Jean-Louis

Droit comparé et histoire du droit (A proposito di PIERRE LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, 1999, et SABINO CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, 2000): **XXX (2001), p. 803**

HESPANHA, Antonio Manuel

L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950): **X (1981), p. 423**

recensione di

F. RANIERI, *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts-und sozialgeschichtliche Analyse der Tätigkeit Reichskammergerichts im 16. Jahrhundert*: **XV (1986), p. 460**

P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*: **XXII (1993), p. 618**

HEYEN, Erk Volkmar

Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie zur philosophischen Bildung Otto Mayers: **VIII (1979), p. 275**

HYLAND, Richard

recensione di

C. PETIT (ed.), *Pasiones del jurista: Amor, memoria, melancolia, imaginación*: **XXVII (1998), p. 428**

HUNECKE, Volker

recensione di

G. CORNI, *Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II*: **XIII (1984), p. 496**

IANNARELLI, Antonio

La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952): **XXVIII (1999), p. 631**

L'imprenditore agricolo e le origini del libro V del codice civile: **XXX (2001), p. 511**

IBAN, Iván C.

La scienza del diritto canonico nell'Università spagnola contemporanea: **XIX (1990), p. 707**

IRTI, Natalino

Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara: I (1972), p. 229

Itinerari del negozio giuridico: VII (1978), p. 395

Il negozio giuridico come categoria storiografica: XIX (1990), p. 557

JANSSEN, Albert

Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff: V/VI (1976/77), p. 549

JOHN, Uwe

Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson: XI/XII (1982-83), p. 947

KADEL, Herbert

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 397

KAYSER, Pierre

La vie et l'oeuvre de Francois Géný: XX (1991), p. 53

KELLEY, Donald R.

recensione di

S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance 1461-1535: XVIII (1989), p. 558*

Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève. Actes du Colloque Jacques Godefroy: XXII (1993), p. 609

KIEFNER, Hans

Ideal wird, was Natur war: IX (1980), p. 515

Das Stüdel-sche Kunstinstitut-Zugleich zu C.F. Mühlenbruchs Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls: XI/XII (1982-83), p. 339

KIRSHNER, Julius

Peter John Olivi's Treatises on Contracts of Sale, Usury and Restitution: minorit Economics or minor Works?: XIII (1984), p. 233

KROESCHELL, Karl

recensione di

Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter: **XXIII** (1994), p. 428

KUEHN, Thomas

Conflicting conceptions of Property in Quattrocento Florence — A Dispute over Ownership in 1425-26: **XIV** (1985), p. 303

Social Processes and Legal Processes in the Renaissance: a Florentine Inheritance Case from 1452: **XXIII** (1994), p. 365

Conceptions (Ambiguities) of Property in early Renaissance Florence: **XXX** (2001), p. 585

LACCHÈ, Luigi

A proposito della legislazione sugli "Ateliers dangereux, insalubres ou incommodes". Scienza giuridica, industrialismo e conflitti di vicinato nella Francia del primo Ottocento: **XXIII** (1994), p. 195

LALINDE ABADIA, Jesus

Una ideología para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía Universal): **VIII** (1979), p. 61

España y la monarquía universal (en torno al concepto de 'Estado moderno'): **XV** (1986), p. 109

LANCHESTER Fulco,

La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954: **XXVIII** (1999), p. 749

LANDAU, Peter

Ferdinand Wilhelm Ludwig Bornemann und die Tradition des preussischen Rechts: **XXIII** (1994), p. 57

LARICCIA, Sergio

Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico: **XIII** (1984), p. 657

Le Riviste di diritto ecclesiastico (1890-1925): **XVI** (1987), p. 285

LA TORRE, Massimo

La lotta del « nuovo » diritto contro il « vecchio » — Georg Jellinek pensatore della modernità: **XXVII** (1998), p. 117

Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller. **XXIX (2000), p. 241**

LEGENDRE, Pierre

recensione di

F. CHATELET-E. PISIER-KOUCHNER, *Les conceptions politiques du XXme siècle*: **XI-XII (1982-83), p. 1063**

LEIVA, Alberto David

Los estudios de historia del derecho en la República Argentina durante los últimos veinte años: **VIII (1979), p. 455**

LEVAGGI, Abelardo

recensione di

F. MAYORGA GARCIA, *La audiencia de Santafé en los siglos XVI y XVII*: **XXIII (1994), p. 449**

LIBERATI, Gianfranco

Il Parlamento dei giuristi (A proposito di W. SIEMANN, Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform): **VIII (1979), p. 437**

LIBONATI, Berardino

La Rivista di diritto commerciale (1903-1922): **XVI (1987), p. 343**

LIPP, Martin

« *Persona moralis* », « *Juristische Person* » und « *Personenrecht* » — *Eine Studie zur Dogmengeschichte der « Juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*: **XI/XII (1982-83), p. 217**

LO CASTRO, Gaetano

I soggetti 'artificiali' di diritto nella dottrina canonica contemporanea: **XI/XII (1982-83), p. 777**

LOMBARDI VALLAURI, Luigi

Storia e diario: **I (1972), p. 89**

recensione di

E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, vol. I: **II (1973)**, p. 734

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M.

Gény, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polémica: **XX (1991)**, p. 161

Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular: **XXV (1996)**, p. 409

Sobre epistemología y tradiciones jurídicas (a propósito de una conferencia cantabrigense de Pierre Legrand): **XXVII (1998)**, p. 475

Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: Analogía: **XXIX (2000)**, p. 307

LO PRETE, Kimberly

Peter John Olivi's Treatises on Contracts of Sale, Usury and Restitution: minorite Economics or minor Works?: **XIII (1984)**, p. 233

LORENTE, Marta

Poesía como constitución: las razones de Clavero: **XXII (1993)**, p. 645

recensione di

E. MARTIRÉ, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación americana*: **XXX (2001)**, p. 639

LOSANO, Mario G.

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979)**, p. 465

Bismarck parla di Savigny con Jhering: **IX (1980)**, p. 523

Ricerche d'archivio su Jhering e Gerber: **X (1981)**, p. 149

La «Allgemeine Zeitung» e gli articoli di Roesler sul Giappone: **XVII (1988)**, p. 551

Il centenario della morte di Rudolf von Jhering (1818-1892): **XXI (1992)**, p. 89

Una costellazione del firmamento giuridico viennese: Jhering, Glaser e Unger: **XXI (1992)**, p. 97

Un'edizione delle lettere di Jhering a Windscheid: **XXI (1992)**, p. 139

La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife: **XXI (1992)**, p. 159

recensione di

G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*: **XIV (1985)**, p. 498

LOTTI, Luigi

recensione di

C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*: III/IV (1974-1975), p. 671

LUIG, Klaus

Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): VIII (1979), p. 501

Bemerkungen zum Stand der Savigny-Forschung: IX (1980), p. 417

Bestätigung durch Rechtsgeschichte: XIV (1985), p. 601

recensione di

W. WIEGAND, *Plus Petitio*: III/IV (1974-75), p. 749

R. BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*: V/VI (1976-77), p. 921

T. HONSELL, *Die Quotenteilung im Schadenersatzrecht. Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden*: VII (1978), p. 479

N. HAMMERSTEIN, *Aufklärung und katholisches Reich*: VIII (1979), p. 377

P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette. II. Dal sistema alla teoria generale*: XV (1986), p. 415

M. KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe*: XVIII (1989), p. 546

P. CARONI, *Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung (Das Recht in Theorie und Praxis)*: IX (1990), p. 579

J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*: XXI (1992), p. 539

P. LOTMAR, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*: XXIII (1994), p. 445

LUHMANN, Niklas

Zum Begriff der sozialen Klasse: XIII (1984), p. 35

MAFFEI, Domenico

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 395

MAILLET, Jean

Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste: II (1973), p. 111

MALINOWSKA, Irena

Legal History Research in Poland at Present and in the Past: XV (1986), p. 659

MALTER, Rudolf

Die Rezeption der Hermeneuthik Emilio Bettis in der deutschsprachigen Philosophie: VII (1978), p. 143

MANNONI, Stefano

(con **Martinez Neira, Manuel**)

Percorsi del centralismo borbonico in Francia e Spagna nel XVIII secolo — Presentazione: XXVI (1997), p. 11

*Accentramento e liberalismo nel XIX secolo: il declino di un mito storiografico (a proposito di N. RANDERAAD, *Autorità in cerca di autonomia. I prefetti nell'Italia liberale: XXVII (1998), p. 481**

La dottrina costituzionale di Sieyès: XXIX (2000), p. 25

Sicurezza collettiva e mutamento nella comunità internazionale: l'eredità della 'Società delle nazioni': XXX (2001), p. 477

recensione di

M. MARTINEZ NEIRA, *Una Reforma ilustrada para Madrid, El Reglamento del Consejo Real de 16 de Marzo del 1766*, Id., *Revolución y fiscalidad municipal, La hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII: XXIV (1995), p. 398*

L. JAUME, *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français: XXVI (1997), p. 434*

A.G. MANCA, *La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866): XXVI (1997), p. 452*

J.N. RAKOVE, *Original meanings. Politics and ideas in the making of the Constitution: XXVI (1997), p. 459*

M. SYLVERS, *Il pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson*; F. MIOI, *Thomas Jefferson e la scommessa dell'autogoverno: virtù, popolo e 'ward system': XXVI (1997), p. 464*

O. ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare. Il contenzioso nell'equilibrio istituzionale delle Sicilie: XXVII (1998), p. 399*

O. BEAUD, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*; GIUSEPPE VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento: XXVIII (1999), p. 1079*

P. COLOMBO, *Il re d'Italia. Prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922): XXVIII (1999), p. 1087*

P. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII e siècle: XXVIII (1999), p. 1093*

O. THOLOZA, *Henri de Boulainvilliers. L'anti-absolutisme aristocratique légitimé par l'histoire*: **XXVIII (1999)**, p. 1102

N. VIVIER, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France, 1750-1914*: **XXVIII (1999)**, p. 1103

MANNORI, Luca

Per uno studio su Romagnosi giuspubblicista: **XIII (1984)**, p. 683

Manzoni e il fenomeno rivoluzionario. Miti e modelli della storiografia ottocentesca a confronto: **XV (1986)**, p. 7

Giuseppe Compagnoni costituzionalista rousseauviano: **XV (1986)**, p. 621

Tocqueville critico di Macarel (A proposito di: ANNA MARIA BATTISTA, *Studi su Tocqueville*): **XVIII (1989)**, p. 607

Per una 'preistoria' della funzione amministrativa — Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune: **XIX (1990)**, p. 323

La nascita del contenzioso amministrativo in Italia (A proposito di: P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*): **XIX (1990)**, p. 717

Genesi dello Stato e storia giuridica (a proposito di 'Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna'): **XXIV (1995)**, p. 485

'Droit administratif' e 'administrative law'. Rivisitando un'antica dicotomia (a proposito di *Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England (18./19.Jb)*, hrsg. E.V. HEYEN, J.L. MESTRE): **XXVI (1997)**, p. 591

segnalazioni di

Un Trésor di storia amministrativa: **XXII (1993)**, p. 639

recensione di

L. LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*: **XXVI (1997)**, p. 445

MANTELO, Antonio

A proposito di Savigny: una flessione sulle riflessioni: **IX (1980)**, p. 541

Individuo, fenomeni associativi e strutture socio-economiche nel razionalismo wolfiano: **XI/XII (1982-83)**, p. 179

MARCHETTI, Michele

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979)**, p. 465

MARGIOTTA BROGLIO, Francesco

Federico Cammeo legislatore — Il contributo alla costruzione dell'ordinamento giuridico dello Stato vaticano: XXIII (1994), p. 247

MARINI, Giuliano

Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente: IX (1980), p. 113

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 437**

recensione di

Jherings Erbe-Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering: I (1972), p. 407

A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema: V/VI (1976-77), p. 951*

Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX: X (1981), p. 292

H.U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft vom 1780-1815: X (1981), p. 308*

M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant: XI-XII (1982-83), p. 1055*

G. FASSÓ, *Scritti di filosofia del diritto: XIII (1984), p. 498*

M.G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber, T.I. Studien zu Jhering und Gerber, T. II: XV (1986), p. 442*

P. BECCHI, *Le filosofie del diritto di Hegel: XXI (1992), p. 527*

A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire-Droit, individu et pouvoir de l'Ecole du droit naturel à l'Ecole du droit historique: XXII (1993), p. 595*

MARRARA, Danilo

La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano: XIII (1984), p. 287

MARTINEZ NEIRA, Manuel

(con **Mannoni, Stefano**)

Percorsi del centralismo borbonico in Francia e Spagna nel XVIII secolo — Presentazione: XXVI (1997), p. 11

MARTONE, Luciano

Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886): III/IV (1974-75), p. 103

MARZONA, Nicoletta

Cammeo giurista 'puro' e giurista 'pratico' nei commenti alla giurisprudenza: XXII (1993), p. 393

MARZUOLI, Carlo

Su alcuni aspetti della dottrina del diritto amministrativo tra fascismo e repubblica: appunti per dei giudizi da rivedere: XXVIII (1999), p. 787

MASSERA, Alberto

*Santi Romano tra « diritto pubblico » e « ordinamento giuridico » (A proposito di SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*): XVIII (1989), p. 617*

MAYDA, Jaro

Gény and the Common-law World: thirty Years later: XX (1991), p. 189

MAYER-MALY, Theo

recensione di

G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert: III/IV (1974-75), p. 645*

*Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz — Teil I.: G. WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht: VII (1978), p. 473**

Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker: XI/XII (1982-83), p. 1120

MAZZACANE, Aldo

Prospettive savignyane vecchie e nuove — I corsi inediti di metodologia: IX (1980), p. 217

Replica nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 451

recensione di

W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX: III/IV (1974-75), p. 753*

L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità: XV (1986), p. 453*

F. COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: XVII (1988), p. 433*

Privatrecht und Iberings evolutionäres Rechtsdenken: XXIV (1995), p. 405

I tempi della 'Privatrechtsgeschichte': XXIV (1995), p. 563

MAZZARESE FARDELLA, Enrico

Ricordo di Anna Maria Battista: XVII (1988), p. 625

recensione di

M. CONDORELLI, *La cultura giuridica in Sicilia dall'Illuminismo all'Unità: XIII (1984), p. 494*

MECCARELLI, Massimo

*Identità e funzione delle Corti Supreme in Europa al tempo delle codificazioni (A proposito di L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*): XXVIII (1999), p. 1147*

Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi: XXX (2001), p. 361

MELIS, Guido

Gli studi recenti sull'Assemblea Costituente — Rassegna storiografica: X (1981), p. 449

La burocrazia e le Riviste; per una storia della cultura della amministrazione: XVI (1987), p. 47

MENGONI, Luigi

La polemica di Betti con Gadamer: VII (1978), p. 125

recensione di

F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania: X (1981), p. 315*

MERUSI, Fabio

L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale: XXII (1993), p. 413

MINARD, Philippe

L'oeil et la main de l'Etat: les missions des inspecteurs des manufactures en France au XVIIIe siècle: XXVI (1997), p. 85

MODUGNO, Franco

Presentazione degli 'Scritti giuridici scelti' di Carlo Esposito: XXX (2001), p. 813

MOHNHAUPT, Heinz

Intervento nell'ambito del seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 351**

recensione di

H. WAGNER, *Die politische Pandektistik*: **XV (1986), p. 492**

MONHEIT, Michael

The origin of the 'edictalis-decretalis bonorum possessio' distinction in a renaissance defense of scholastic hermeneutics: **XXV (1996), p. 469**

MONTELEONE, Girolamo

Enrico Finzi e la riforma (perenne) del codice di procedura civile: **XXVI (1997), p. 363**

MONTESANO, Luigi

Fede in 'verità metafisiche' e 'assioma valutativo' nella dottrina processualcivilistica italiana? (a proposito del saggio di EDUARDO GRASSO sulle 'Storie' di FRANCO CIPRIANI in questi *Quaderni* 1994): **XXV (1996), p. 653**

MONTORZI, Mario

I processi contro Filippo Mazzei ed i liberali pisani del 1799 (ragguagli bio-bibliografici su un ritrovamento archivistico): **X (1981), p. 53**

Su di un recente libro in tema di Collegia iudicum. Note di lettura e spigolature: **XXI (1992), p. 639**

MOORE, Wilbert E.

The Comparison of Legal Systems: a Critique: **XIV (1985), p. 77**

MORBIDELLI, Giuseppe

Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita: **XXII (1993), p. 19**

MORERA, Umberto

La Rivista di diritto commerciale (1903-1922): **XVI (1987), p. 343**

MORTARA, Alberto

Pareri manoscritti di Lodovico Mortara (1924/1928): **XIX (1990), p. 115**

MORTARA, Giorgio

Appunti bibliografici su Lodovico Mortara: XIX (1990), p. 107

MORTARA, Lodovico

La lotta per l'uguaglianza: XIX (1990), p. 145

MORTATI, Costantino

Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt: II (1973), p. 511

MOSCATI, Laura

Un'inedita lettera di Savigny a Poerio: XXI (1992), p. 663

Un'inedita lettera di Savigny a Bollati: XXVI (1997), p. 307

MOTTE, Olivier

Savigny. Un retour aux sources: IX (1980), p. 555

MOZZARELLI, Cesare

L'Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche (1880-1883) - Viaggio nella cattiva coscienza: XVI (1987), p. 7

Il nome delle cose. In memoria di Roberto Ruffilli: XVII (1988), p. 629

recensione di

Crisi dello Stato e storiografia contemporanea: X (1981), p. 239

M.C. ZORZOLI, *Le tesi legali all'Università di Pavia nell'età delle Riforme, (1772-1796): X (1981), p. 318*

MURAKAMI, Yoshikazu

La scienza giuridica e la storiografica giuridica in Giappone: XXI (1992), p. 691

NAPOLI, Paolo

Police et justice dans les débats révolutionnaires (1789-1791). Les enjeux d'une question toujours actuelle: XXX (2001), p. 159

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón

Cuando la mujer no existía: XXX (2001), p. 611

NAUCKE, Wolfgang

recensione di

W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*: XIII (1984), p. 515

NERHOT, Patrick

La vérité en histoire et le métier d'historien — Réflexions à partir de 'La France des lumières', DANIEL ROCHE, FAYARD, 1993: XXIV (1995), p. 11

NIGRO, Mario

Il 'segreto' di Gerber: II (1973), p. 293

Carl Schmitt fra diritto e politica: XV (1986), p. 691

Rileggendo Giovanni Miele: XVII (1988), p. 271

OPOCHER, Enrico

Ricordo di Pietro Piovani: X (1981), p. 523

OPPETIT, Bruno

François Gény et le droit naturel: XX (1991), p. 89

ORESTANO, Riccardo

Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny — Tre motivi di riflessione: IX (1980), p. 21

'Institution' — Barbeyrac e l'anagrafe di un significato: XI-XII (1982-83), p. 169

ORNAGHI, Lorenzo

Lo Stato e il politico dell'età moderna. In ricordo di Carl Schmitt a un anno dalla morte: XV (1986), p. 721

Sul rapporto 'logico' tra economia e politica (a proposito di NATALINO IRTI, Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato): XXIII (1994), p. 523

ORRÙ, Giovanni

'Idealismo e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger: III/IV (1974-75), p. 183

recensione di

M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*: XIV (1985), p. 461

ORSI BATTAGLINI, Andrea

« *L'astratta e infeconda idea* » — *Disavventure dell'individuo nella cultura giurispubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*: XVII (1988), p. 569

ORSINI, Raffaella

La fortuna di Hans Helsen in Italia: VIII (1979), p. 465

OTT, Claus

Begriff und Bedeutung der juristischen Person in der neueren Entwicklung des Unternehmensrechts in der Bundesrepublik Deutschland: XI/XII (1982-83), p. 915

OTTE, Gerhard

Der sogenannte Mos geometricus in der Jurisprudenz: VIII (1979), p. 179

recensione di

J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*: I (1972), p. 402

R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*: II (1973), p. 769

W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*: VII (1978), p. 517

M. HERBERGER, *Dogmatik - Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*: XI/XII (1982-83), p. 1104

OURLIAC, Paul

Propriété et droit rural: l'évolution du droit français depuis 1943: V/VI (1976-77), p. 723

PADOA SCHIOPPA, Antonio

recensione di

Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte: VII (1978), p. 495

PALADIN, Livio

La questione del metodo nella storia costituzionale: XXVI (1997), p. 243

PALLADINI, Fiammetta

Tradurre Pufendorf (a proposito di due nuove traduzioni: una tedesca, l'altra italiana): **XXVI (1997), p. 607**

recensione di

R. SÈVE, *Leibniz et l'Ecole moderne du droit naturel*: **XXII (1993), p. 625**

D. DÖRING, *Pufendorf-Studien. Beiträge zur Biografie Samuel von Pufendorfs*: **XXIII (1994), p. 402**

PAONE, Pasquale

recensione di

M. GIULIANO, *Diritto internazionale*: **III/IV (1974-75), p. 679**

PARADISI, Bruno

Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto: **I (1972), p. 7**

PASQUALUCCI, Paolo

Thomas Hobbes e Santi Romano ovvero la teoria hobbesiana dei corpi subordinati: **XV (1986), p. 167**

Traduzione e postfazione di O. BÜLOW, *Legge e ufficio del giudice*: **XXX (2001), p. 199**

PAYEN, Philippe

Parlement et administration judiciaire: **XXVI (1997), p. 139**

PERA, Giuseppe

recensione di

Dottrine giuridiche e ideologie sindacali: **III/IV (1974-75), p. 661**

Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund: **XIII (1984), p. 520**

PEREZ PRENDES, José Manuel

Bibliografía del pensamiento jurídico español moderno: **I (1972), p. 449**

PESET, Mariano

Derecho y propiedad en la España liberal: **V/VI (1976-77), p. 463**

(con **García Trobat, Pilar**)

Francisco Tomás y Valiente, investigador y maestro (a propósito de la publicación de sus «Obras Completas»): **XXVII (1998), p. 497**

PETERSON, Claes

Juristische Person und begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden: **XI/XII (1982-83), p. 521**

recensione di

J. HELLNER, *Rättsteori. En Introduktion*: **XXIV (1995), p. 388**

PETIT, Carlos

«A Contributor to the Method of Investigation». *Sobre la fortuna de Gény en America*: **XX (1991), p. 201**

Sex, Lies and Videotapes (a propósito de F. TOMAS Y VALIENTE y otros, «Sexo barroco y otras transgresiones premodernas»): **XXI (1992), p. 671**

La anècdota americana de Federico Cammeo: **XXII (1993), p. 547**

El caso del derecho indiano: **XXII (1993), p. 665**

La prensa en la Universidad. Rafael Ureña y la 'Revista de ciencias jurídicas y sociales' (1918-1936): **XXIV (1995), p. 199**

PETRONIO, Ugo

Una categoria storiografica da rivedere: **XIII (1984), p. 705**

La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa "completezza"): **XXVII (1998), p. 83**

recensione di

G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*: **VII (1978), p. 500**

PIANO MORTARI, Vincenzo

Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento: **I (1972), p. 131**

PICARD WEYL, Monique

Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge Magnaud': **III/IV (1974-75), p. 367**

PINTORE, Anna

Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico-analitico: XI/XII (1982-83), p. 721

PIRETTI, Maria Serena

Cesare Albicini e la scuola bolognese di diritto costituzionale: la « Rivista di diritto pubblico » (1889-1893): XVI (1987), p. 185

PISANI, Mario

Quattro circolari sulla pubblicità del dibattito: II (1973), p. 703

L'ossessione della pubblicità (ovvero il divisamento dell'Intendente): XI/XII (1982-83), p. 1151

Da Norberto Bobbio, in tema di diritto premiale: XXVIII (1999), p. 1169

PISIER-KOUCHNER, Evelyne

La notion de personne morale dans l'oeuvre de Léon Duguit: XI/XII (1982-83), p. 667

PIZZORUSSO, Alessandro

Il potere regolamentare in Federico Cammeo: XXII (1993), p. 403

recensione di

G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte Costituzionale. Ideologia politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni: XI/XII (1982-83), p. 1092*

POCAR, Valerio

Riflessioni sul rapporto tra 'socialismo giuridico' e sociologia del diritto: III/IV (1974-75), p. 145

PODGOECKI, Adam

The three Levels of Operation of the Law: XIII (1984), p. 81

POMBENI, Paolo

*Socialismo e burocrazia. Un nodo del passaggio dallo Stato moderno allo Stato contemporaneo (A proposito di G. MELIS, *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale*): XI/XII (1982-83), p. 1153*

PORTILLO VALDÉS, José M.

La historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigación: XXIV (1995), p. 303

Los límites de la monarquía. Catecismo de estado y constitución política de España a finales del siglo XVII: XXV (1996), p. 183

POSPISIL, Leopold

Law: XIV (1985), p. 23

PRETEROSSO, Geminello

Carl Schmitt tra filosofia della tecnica e diritto politico (nota su John P. MC CORMICK, Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology): XXVII (1998), p. 509

PROTO, Mario

Gli italiani e Bentham: XIII (1984), p. 719

PROTO PISANI, Andrea

Materiali per uno studio dei contributi processualcivilistici della « Rivista di diritto commerciale » (1903-1923): XVI (1987), p. 375

Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo: XXVIII (1999), p. 713

RAGGI, Luigi

Savigny e Marx: IX (1980), p. 567

RAISER, Ludwig

Das Eigentum im Deutschen Rechtsdenken seit 1945: V/VI (1976-77), p. 753

RAMM, Thilo

Juristensozialismus in Deutschland: III/IV (1974-75), p. 7

RANIERI, Filippo

Savigny e il dibattito italiano sulla Codificazione nell'età del Risorgimento — Alcune prospettive di ricerca: IX (1980), p. 357

REALE, Miguel

Gény na cultura jurídica brasileira: XX (1991), p. 351

REBUFFA, Giorgio

Costituzionalismo e sociologia: XIII (1984), p. 205

REICH, Norbert

Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute: III/IV(1974-75), p. 157

RESCIGNO, Pietro

Disciplina dei beni e situazioni della persona: V/VI (1976-77), p. 861

Enti di fatto e persona giuridica: XI/XII (1982-83), p. 983

recensione di

L. MENGONI, *Diritto e valori*: XV (1986), p. 448

RESTA, Eligio

recensione di

Società, norme, valori. Studi in onore di Renato Treves: XV (1986), p. 486

RITTSTIEG, Helmut

Die juristische Eigentumslehre in der Zeit des Nationalsozialismus: V/VI (1976-77), p. 703

RODOTÀ, Stefano

La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali: V/VI (1976-77), p. 881

ROMANELLI, Raffaele

Il giurista e lo storico di fronte al regime liberale (A proposito di U. ALLEGRETTI, Profilo di storia costituzionale italiana): XIX (1990), p. 669

ROSSI, Giovanni

Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna (a proposito di I.

BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento: XXVII (1998), p. 517*

recensione di

L. MASMEJAN, *La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval: XXII (1993), p. 610*

A. ROMANO, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna: XXV (1996), p. 498*

RÜCKERT, Joachim

Der Unbekannte Savigny — Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kenntnis: IX (1980), p. 401

Zur Entstehung des modernen Berufsbeamtentums: X (1981), p. 383

Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen — Franz Wieacker zum Gedächtnis: XXIV (1995), p. 531

RUFFILLI, Roberto

La questione del decentramento nell'Italia liberale: XVII (1988), p. 299

recensione di

S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo: I (1972), p. 386*

RUTA, Leonardo

Tentativi di riforma dell'Università di Pisa sotto il Granduca Pietro Leopoldo (1765-90): VIII (1979), p. 197

SABBIONETI, Marco

(A proposito di JEAN LOUIS HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996): XXX (2001), p. 857

SALDANHA, Nelson

A teoria do « poder moderador » e as origens do direito político brasileiro: XVIII (1989), p. 253

O pensamento jurídico brasileiro contemporâneo: XXIII (1994), p. 531

SANDSTRÖM, Marie

« Res fungibiles » und die produktive Rechtswissenschaft: XXI (1992), p. 261

SANTARELLI, Umberto

Pietro Torelli storico del diritto privato: **X (1981), p. 221**

Historia juris propriissime dicta (a proposito di GUIDO ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*): **XV (1986), p. 637**

« *Un illustre (e appartato) foglio giuridico* » — *La Rivista di diritto privato* (1931-1944): **XVI (1987), p. 665**

recensione di

F. GALGANO, *Le società di persone, società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*: **II (1973), p. 742**

F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*: **II (1973), p. 775**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. I B. *Mittelalter* (1100-1500): **III/IV (1974-75), p. 692**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte — II B. *Neuere Zeit* (1500-1800). I. *Wissenschaft*; II. *Gesetzgebung und Rechtssprechung*: **VII (1978), p. 474**

Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa: **XI/XII (1982-83), p. 1066**

I. BIROCCHI, *Per la storia della proprietà perfetta in Sardegna*: **XIII (1984), p. 473**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III B. — *Das 19. Jahrhundert* — I. e II. Teilb.: **XIII (1984), p. 512**

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte — III B. — *Das 19. Jahrhundert*, III. Teilb.: **XVIII (1989), p. 543**

F. GALGANO, *Lex mercatoria* — *Storia del diritto commerciale*: **XXIII (1994), p. 420**

Un romanista 'pellegrino' — Franz Wieacker e la sua 'Privatrechtsgeschichte': **XXIV (1995), p. 577**

segnalazioni di

Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: **XIV (1985), p. 637**

Un libro di scuola da segnalare: **XV (1986), p. 503**

Capitale e interesse tra mercatura e povertà: **XIX (1990), p. 615**

SBRICCOLI, Mario

Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento: **II (1973), p. 607**

Il diritto penale sociale (1885-1912): **III/IV (1974-75), p. 557**

Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano: **III/IV (1974-75), p. 873**

Il diritto penale liberale. La « *Rivista penale* » di Luigi Lucchini (1874-1990): **XVI (1987), p. 105**

Gobernar castigando — Francisco Tomás y Valiente e la storia del diritto penale moderno: **XXVI (1997), p. 689**

« *Vidi communiter observari* ». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII: **XXVII (1998), p. 231**

Le mani nella pasta e gli occhi al cielo — La penalistica italiana negli anni del fascismo: **XXVIII (1999), p. 817**

recensione di

G. TARELLO, *Le ideologie della Codificazione nel secolo XVIII: I (1972), p. 422*

Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. II: II (1973), p. 763.

R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano: VII (1978), p. 455*

A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde: VII (1978), p. 466*

Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi: X (1981), p. 243

SCATTOLA, Merio

Nota bibliografica: XXV (1996), p. 47

SCHAUB, Jean Frédéric

Le temps et l'état: vers un nouveau régime historiographique de l'ancien régime français: XXV (1996), p. 127

SCHIAVONE, Aldo

« *Il Nome* » e « *la Cosa* ». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti: VII (1978), p. 293*

La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania — Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny: IX (1980), p. 165

Replica nell'ambito del seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 443**

Il testo e la storia: XXIV (1995), p. 587

recensione di

R. BONINI, *I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942: III/IV (1974-75), p. 650*

SCHIERA, Pierangelo

recensione di

Staatsräson-Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs: V/VI (1976-77), p. 970

M. STOLLEIS, *Arcana Imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts; Grundzüge der Beamtenethik (1550-1650); Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht*: **X (1981)**, p. 301

Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco: **XIII (1984)**, p. 383

SCHLOSSER, Hans

Rationalität, Systemperfektion und soziale Reform durch Kodifikation? (Zu: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, B. I, II, III): **VII (1978)**, p. 583

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980)**, p. 427

Folgen der Industrialisierung für das Instrumentarium der « Zivilrechtsgesellschaft » im 19. Jahrhundert (Zu: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert B. IV, V): **X (1981)**, p. 403

recensione di

Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert VI.: **XIII (1984)**, p. 542

E. HUBER (1849-1923). *Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars, Universität Bern*: **XXV (1996)**, p. 487

C.A. GASSER, *Philip Lotmar 1850-1922, Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht*: **XXVII (1998)**, p. 416

SCHMITT, Inga

Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848: **XIII (1984)**, p. 747

SCHOLZ, Johannes-Michael

Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850: **V/VI (1976-77)**, p. 339

Penser les institutes hispano-romaines: **VIII (1979)**, p. 157

Die Poesie des Realen. Spaniens Jurisprudenz im Zeitalter des szientistischen Empirismus: **XXIX (2000)**, p. 335

recensione di

E.V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungswissenschaft (1880-1914)*: **XIX (1990)**, p. 592

SCHOTT, Rüdiger

A Case of Living Law — Traditional and Modern Jurisdiction among the Balsa in Norther Ghana: **XIV (1985)**, p. 149

SCHRÖDER, Jan

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 343**

Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler: **XI/XII (1982-83), p. 399**

Zum Einfluss Savignys auf den allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts: **XIV (1985), p. 619**

Aequitas und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit: **XXVI (1997), p. 265**

Ricordo di Hermann Dilcher: **XXVI (1997), p. 657**

recensione di

B.R. KERN, *Georg Beseler. Leben und Werk*: **XV (1986), p. 436**

Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren: **XIX (1990), p. 606**

M. SANDSTRÖM, *Die Herrschaft der Rechtswissenschaft*: **XIX (1990), p. 610**

SCHUBERT, Werner

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine neue Juristische Person: **XI/XII (1982-83), p. 589**

recensione di

R. SCHRÖDER, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*: **XIII (1984), p. 534**

SCHWAB, Dieter

Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung: **I (1972), p. 357**

Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert: **III/IV (1974-75), p. 509**

SEELMANN, Kurt

Zur Marxinterpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner: **III/IV (1974-75), p. 73**

SERRANO GONZALES, Antonio

recensione di

A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*: **XXVII (1998), p. 420**

SGROI, Vittorio

Intervento su *'Lo Stato moderno e la giustizia' di Lodovico Mortara*: **XXII (1993), p. 681**

SILVERMAN, Paul

The Responsibility of Power and the Interdependence of Science and Politics in the Thought of the young Max Weber: **XVIII (1988), p. 11**

SOBERANES FERNANDEZ, José L.

recensione di

J. BARRIENTOS-GRANDÓN, *La cultura jurídica en la nueva España*: **XXIV (1995), p. 377**

SOFFIETTI, Isidoro

recensione di

L. SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*: **XXVII (1998), p. 442**

SORACE, Domenico

Il giovane Cammeo e i servizi pubblici: **XXII (1993), p. 511**

SORDI, Bernardo

Giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa in Lorenzo Meucci e Giuseppe Mantellini: **XIII (1984), p. 725**

L'illecito dello Stato: un problema di « estetica del pensiero » (A proposito di Hans Kelsen, *L' illecito dello Stato*): **XVIII (1989), p. 633**

Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato (A proposito di Hermann Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*): **XVIII (1989), p. 643**

Origine e itinerari scientifici della nozione di « ente pubblico » nell'esperienza italiana: **XXI (1992), p. 311**

Il ritorno di un vecchio amico (a proposito di F. CAMMEO *Corso di diritto amministrativo*): **XXI (1992), p. 681**

Le Pandette e il diritto amministrativo — Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo: **XXII (1993), p. 205**

Il primo e l' ultimo Forsthoff (a proposito di *L' ultimo Forsthoff — Scritti 1961-1969* di E. FORSTHOFF *su Costituzione e amministrazione*): **XXV (1996), p. 667**

Per una storia del diritto amministrativo (a proposito di F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif de la révolution au debut des années 1970*: **XXV (1996)**, p. 683

Police/Policey. Linguaggi comuni e difformi sentieri istituzionali nel passaggio dalla polizia di antico regime all'amministrazione moderna (a proposito di *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, hrsg. von Michael Stolleis unter Mitarbeit von Karl Härter und Lothar Schilling: **XXVI (1997)**, p. 625

La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia: **XXVIII (1999)**, p. 1039

recensione di

M.-J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*: **XXII (1993)**, p. 621

M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. B.II. 1800-1914*: **XXII (1993)**, p. 630

M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. B. III. 1914-1945*: **XXIX (2000)**, p. 468

SORIA, Donatella

La fortuna di Hans Kelsen in Italia: **VIII (1979)**, p. 465

SPAGNESI, Enrico

recensione di

A. LIVA, *Notariato e documento notarile a Milano. Dall'alto medioevo alla fine del Settecento*: **X (1981)**, p. 263

L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*: **XXVII (1998)**, p. 412

STAFF, Ilse

Costantino Mortati: Verfassung im materiellen Sinn: Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung im fascistischen Italien und im Deutschland der WeimarerZeit und im Nationalsozialismus: **XXIII (1994)**, p. 265

STAHL, Paul H.

La consanguinité fictive: **XIV (1985)**, p. 121

STEIN, Peter

Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality: **XI/XII (1982-83)**, p. 503

STERLING, Joyce

The Comparison of Legal Systems: a Critique: **XIV (1985), p. 77**

STOLLEIS, Michael

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 339**

Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848: **XIII (1984), p. 747**

La réception de Bodin en Allemagne: **XXIV (1995), p. 141**

De Regno recte instituendo et administrando: **XXV (1996), p. 13**

Sten Gagnér (1921-2000), ein grosser Lehrer der europäischen Rechtsgeschichte: **XXIX (2000), p. 559**

recensione di

D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*: **VII (1978), p. 491**

S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikation*: **X (1981), p. 280**

B. BINDER, *Otto Bähr (1817-1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis*: **XIV (1985), p. 459**

G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725)*: **XVIII (1989), p. 570**

STOLZI, Irene

recensione di

S. LUPO, *Il fascismo — La politica di un regime totalitario*: **XXIX (2000), p. 468**

TAFANI, Daniela

Kant e il diritto di punire: **XXIX (2000), p. 55**

TAMM, Ditlev

Die Juristische Person in der dänischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts: **XI/XII (1982-83), p. 475**

TARELLO, Giovanni

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980), p. 387**

recensione di

J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*: **I (1972), p. 379**

N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*: **V/VI (1976-77), p. 932**

TARUFFO, Michele

La Rivista di diritto processuale civile: **XVI (1987), p. 631**

TAU ANZOATEGUI, Victor

Fragmento de una cultura juridica desaparecida — Un manuscrito del español Vidania sobre derecho natural (1712): **XXIV (1995), p. 157**

TEBALDESCHI, Ivanhoe

Autenticità e società nei più recenti sviluppi del pensiero di L. Bagolini: **XV (1986), p. 647**

TEUBNER, Gunther

Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle: **XIII (1984), p. 109**

THIBAUT-PAYEN, Jacqueline

Salubrité publique et sépulture: un exemple d'administration judiciaire au XVIIIe siècle: **XXVI (1997), p. 183**

TIMSIT, Gérard

Gény, le juge et le silence: **XX (1991), p. 149**

TODESCAN, Franco

Dalla « persona ficta » alla « persona moralis ». Individualismo e matematicismo nelle teorie della persona giuridica del secolo XVIII: **XI/XII (1982-83), p. 59**

recensione di

F. CARPINTERO BENITEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vazquez de Menchaca*: **VII (1978), p. 462**

TOMAS Y VALIENTE, Francisco

recensione di

B. CLAVERO, *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*: XIII (1984), p. 485

TORALDO DI FRANCIA, Monica

Per un corporativismo senza corporazioni: «Lo Stato» di Carlo Costamagna: XVIII (1989), p. 267

TRAINA, Duccio M.

La collaborazione ultraquarantennale alla 'Giurisprudenza italiana': XXII (1993), p. 369

TRAVI, Aldo

Cammeo e i ricorsi amministrativi: XXII (1993), p. 437

TRUYOL SERRA, Antonio

recensione di

J. MANZ, *Emer de Vattel. Versuch einer Würdigung*: II (1973), p. 756

W. PREISER, *Macht und Norm in der Völkerrechtsgeschichte*: X (1981), p. 283

UNGARI, Paolo

Per la storia dell'idea di Codice: I (1972), p. 207

Saggi recenti in tema di Codificazioni — Raggiunglio: II (1973), p. 778

recensione di

La formazione storica del diritto moderno in Europa: V/VI (1976-77), p. 941

VALLEJO, Jesus

En busca de audiencias perdidas (a propósito de BARTOLOMÉ CLAVERO, *Sevilla, Concejo y audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia*): XXV (1996), p. 711

VALLEJO GARCIA-HEVIA, José Maria

El Consejo de Castilla y la brújula de las leyes (a propósito de S.M. CORONAS GONZÁLEZ, *El libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de Impresos Legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)*): XXVII (1998), p. 537

VAN DEN BERGH, G. C. J. J.

recensione di

R. FEENSTRA-C.J.D. WAAL, *Seventeenth Century Leyden Law Professors and the Influence on the Development of the Civil Law. A study of Bronchorst, Vinnius, Voet: V/VI (1976-77), p. 930*

VARDARO, Gaetano

La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini: XVI (1987), p. 441

VARELA SUANZES, Joaquín

La monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX: XXIII (1994), p. 9

Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal (a propòsito del libro de R.L. BLANCO VALDES, El valòr de la Constitución): XXIV (1995), p. 507

VARNIER, Giovanni Battista

recensione di

I Sinodi diocesani di Pio IX (1860-1865): XVIII (1989), p. 567

VASOLI, Cesare

Enciclopedia, pansofia e riforma « metodica » del diritto nella 'Nova Methodus' di Leibniz: II (1973), p. 37

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: IX (1980), p. 375

Note su Jean Bodin e la « Juris universi distributio »: XXX (2001), p. 15

recensione di

C. PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia: III/IV (1974-75), p. 722*

V. PIANO MORTARI, *Diritto, Logica, Metodo nel secolo XVI: VIII (1979), p. 395*

P. PIOVANI, *Oggettivazione etica e assenzialismo: XI/XII (1982-83), p. 1108*

G. VICO, *Institutiones oratoriae. Testo critico, versione e commento: XXIII (1994), p. 463*

VENEZIANI, Bruno

La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini: XVI (1987), p. 441

VERDE, Giovanni

Vero e falso sull'autogoverno dei giudici secondo Mortara: **XXII (1993)**, p. 689

VIDAL, Michel

La propriété dans l'école de l'exégèse en France: **V/VI (1976-77)**, p. 7

VOLANTE, Raffaele

Il mutuo consensuale. Crisi del modello romanistico di contratto reale e prospettive per un diritto comune europeo (A proposito della sentenza 28.3.2000 della Corte di Cassazione francese e della Riforma del diritto delle obbligazioni in Germania): **XXX (2001)**, p. 869

recensione di

T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*: **XXIV (1995)**, p. 506

WESTEN, Klaus

Theoretische Begründung und rechtliche Ausgestaltung des persönlichen Eigentums in den sozialistischen Staaten: **V/VI (1976-77)**, p. 779

WEYL, Roland

Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge Magnaud': **III/IV (1974-1975)**, p. 367

WHITMAN, James Q.

At the scholarly sources of Weber's melancholy: **XXVI (1997)**, p. 325

WIEACKER, Franz

'Wandlungen der Eigentumsverfassung' revisited: **V/VI (1976-77)**, p. 841

Intervento nell'ambito del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny: **IX (1980)**, p. 303

WIEGAND, Wolfgang

recensione di

S. BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht-Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld*: **VIII (1979)**, p. 372

WROBLEWSKY, Jerzy

Legal Person: Legal Language and Reality: **XI/XII (1982-83), p. 1035**

YALE, David

Headless Bodies at Common Law: **XI/XII (1982-83), p. 39**

ZANFARINO, Antonio

La proprietà nel pensiero di Proudhon: **V/VI (1976-77), p. 165**

recensione di

Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. I: **I (1972), p. 413**

ZOLO, Danilo

recensione di

H. KELSEN, *Socialismo e Stato*: **VIII (1979), p. 382**

H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*: **XVII (1988), p. 438**

B. LEONI, *La libertà e la legge*: **XXIV (1995), p. 394**

ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo

recensione di

V. TAU ANZOATEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*: **VIII (1979), p. 413**

